البناية في شرح الهداية

الجزء السادس عشر

للشيخ المحدث الفقيه

بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢ هـ ـــــــ ٨٥٥ هـ

صححه وعلقه وعلق عليه

الشيخ المحدث المحقق فيض أحمد الملتاني قدس سره

١٣٤٠ هـ ـــــــ ١٤٢٩ هـ

المكتبة الحقانية

ملتان ○ پاکستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي من علينا بطبع الكتاب المستطاب

البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني
رحمه الله تعالى رحمة واسعة
٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه

مولانا مسعود احمد ابن مولانا فيض احمد الملتاني

الجزء السادس عشر

المكتبة الحقانية
ملتان ○ باكستان

اسم الكتاب البناية فى شرح الهداية

تصنيف الامام العلام الحافظ بدر الدين ابو محمد محمود بن احمد العينى الحنفى رحمه الله تعالى

تصحيح و تعليق و تخريج الامام الهمام الفقيه المحدث مولانا فيض احمد الملتانى مد ظله العالى
و ابنه الاصغر مولانا الحافظ مسعود احمد الملتانى مد ظله العالى

الناشر المكتبة الحقّانية. ملتان. باكستان.

بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس للجزء السادس عشر من البناية شرح الهداية

تم الفهرس

كتاب الديات

قال و في شبه العمد دية مغلظة على العاقلة و كفارة على القاتل و قد بيناه في أول الجنايات قال و كفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص و لا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص و المقادير تعرف بالتوقيف

(كتاب الديات)

أى هذا كتاب في بيان أحكام الديات و هي جمع دية و أصلها ودى لأنها من وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته و حذفت الواو تبعاً ليدى لأن أصله يودى فحذفت الواو منه لوقوعها بين الكسرة و الياء كما في يقي و نحوه و لما حذفت الواو من ودى عوضت عنها الهاء كما في عدة و نحوها و إذا أمرت منه قلت د ديا دوا و أما الدية إسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه سمي بها لأنها يودى عادة لأنه قلما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمي ولم يسم قيمة لأن القيمة إسم لما يقوم مقام الفائت و في قيامه مقام الفائت قصور لعدم المماثلة بينهما و ضمان المال سمي قيمة و لا يسمى دية لأن معنى القيام فيه أكمل لوجود المماثلة المطلقة و أما وجه المناسبة في ذكر الديات بعد الجنايات فلما أن الدية إحدى موجبى الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم. (قال) أى القدوري (و في شبه العمد دية مغلظة على العاقلة و كفارة على القاتل و قد بيناه في أول الجنايات) و قد مر الكلام فيه مستوفى. (قال) أى القدوري (و كفارته) أى كفارة شبه العمد (عتق (١) رقبة مؤمنة لقوله تعالى ﴿فتحرير (٢) رقبة مؤمنة﴾ الآية) و شرط الإيمان في كفارة القتل دون سائر الكفارات لأنه منصوص عليه بالآية المذكورة و إن كان ورد في الخطأ و لما كان شبه العمد فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ (فإن لم يجد) أى فإن (٣) لم يقدر على إعتاق الرقبة المؤمنة (فصيام شهرين متتابعين) أى فعليه صوم شهرين على التتابع (بهذا النص) أى بالنص المذكور (و لا يجزئ فيه) أى في شبه العمد (الإطعام لأنه لم يرد به نص) و به (٤) قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية فإن لم يقدر على الصيام يجب إطعام ستين مسكينا (و المقادير) أى المقدرات الشرعية (تعرف بالتوقيف)

---

(١) عتق رقبة أى كاملة فيكفي الاعور لا الاعمى شامي عن در منتقى. (٢)فتحرير الآية. النساء: ٩٢. (٣)فان لم يقدر أى وقت الاداء لا الوجوب شامي عن قهستاني. (٤)و به قال الشافعي الخ. نحوه في المغني ص ٤١ ج ١٠.

و لأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ماعرف و يجزئه رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به و الظاهر سلامة أطرافه و لا يجزئ ما في البطن لأنه لم تعرف حياته و لا سلامته قال و هو الكفارة في الخطأ لما تلوناه و ديته عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى

يعني بورود النص بخلاف كفارة اليمين و كفارة الظهار و كفارة الصوم فإن النص ورد فيها بالإطعام و استدل المصنفؒ من الآية المذكورة بوجهين أحدهما هو قوله (و لأنه) أي و لأن النص (جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) بيانه (١) أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء إذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء و مثله مخل ألا ترى أنه لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق و في نيته أن يقول و زينب طالق و عبدي حر و لكن لم يقله فيجعل قوله فأنت طالق جزاء كاملا من غير أن يقدر فيه و زينب طالق أيضا و عبدي حر أيضا الوجه الثاني هو قوله (أو لكونه) أي لكون الصيام (كل المذكور) لا غير (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (و يجزئه رضيع) أي يجزئ الذي عليه عتق رقبة اعتاق رضيع (أحد أبويه مسلم) قيد به لأنه لو كانا كافرين لم يجزه (لأنه) أي لأن (٢) الرضيع (مسلم به) أي بأحد أبويه الذي هو مسلم لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام و سلامة الأطراف و الأول يحصل بإسلام أحد الأبوين و الثاني بالظهور و أشار إليه بقوله (و الظاهر (٣) سلامة أطرافه) أي أطراف الصغير لأن الأصل هو السلامة و تأويل المسألة أنه أعتق ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه و أطرافه حتى أنه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأد به الكفارة كذا قال فخر الإسلامؒ في شرح الجامع الصغير (و لا يجزئ ما في البطن) أي لا يجزئ إعتاق ما في البطن (لأنه لم تعرف حياته و لا سلامته) و هذا ظاهر (قال) أي المصنفؒ (و هو الكفارة) أي تحرير رقبة مومنة هو الكفارة (في الخطأ لما تلوناه) و هو قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ (و ديته) أي و دية شبه العمد (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) كذا

---

(١)بيانه أن الواقع الخ. كذا ذكره الشراحؒ و يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضا في العمد و شبهه و الخطأ و شبهه مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل نتائج الأفكار.
(٢)لأن الرضيع مسلم به. لا يقال بأن الايمان منصوص عليه فيعتبر الكمال كما قلنا في قبض الهبة لأنا نقول ذلك فعل حسي و هذا وصف كفاية. (٣)و الظاهر سلامة أطرافه الخ. و لا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر في سلامة أطرافه حتى جاز التكفير به و لم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان باتلاف أطرافه لأنا نقول الحاجة في التكفير إلى دفع الواجب و الظاهر يصلح حجة للدفع و الحاجة في الاتلاف إلى إلزام الضمان و هو لا يصلح حجة فيه و لأنه يظهر حال الأطراف فيما بعد في التكفير إذا عاش و لا كذلك في الاتلاف فافترقا زيلعي.

مائة من الإبل أرباعا خمس و عشرون بنت مخاض و خمس و عشرون بنت لبنون و خمس و عشرون حقة و خمس و عشرون جذعة و قال محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى أثلاثا ثلاثون جذعة و ثلاثون حقة و أربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة و السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط و العصا و فيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها

في نسخة شيخي العلاءً يعني أبو يوسف رحمه الله تعالى مذكور مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الهداية و قال الأترازيّ و غيره ذكر أبي يوسف رحمه الله تعالى سهو القلم عن صاحب الهداية أو عن الكاتب و قال الكاكيّ الإقتصار على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى مخالف لعامة روايات الكتب من المباسيط و الجوامع و الاسرار و الايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و كتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى موافقا لعامة الروايات (مائة من الابل أرباعا) أي من حيث الأرباع و بين ذلك بقوله (خمس و عشرون بنت مخاض) قوله بنت مخاض منصوب لأن مميز أحد عشر إلى تسعة و تسعين يجيء منصوبا و بنت مخاض هي التي طعنت في السنة الثانية سميت بها لأن أمها صارت ذات مخاض بأخرى أي حاملا (و خمس و عشرون بنت اللبون) و هي التي طعنت في السنة الثالثة سميت بها لأن أمها لبون لولادة أخرى و اللبون ذات لبن (و خمس و عشرون حقة) و هي التي طعنت في السنة الرابعة و حق لها أن تركب و تحمل (و خمس و عشرون جذعة) و هي التي طعنت في السنة الخامسة سميت بها لمعنى في أسنانها يعرفه أرباب الابل و هي أكبر سنا تؤخذ في الزكاة (و قال محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى أثلاثا ثلاثون جذعة و ثلاثون حقة و أربعون ثنية) و هي التي طعنت في السنة السادسة و الذكر ثني (كلها) أي كل الثنية (خلفات) جمع خلفة و هي الحامل من النوق (في بطونها أولادها) صفة كاشفة قاله الاكملّ و قال الكاكيّ الخلفة الحامل من النوق و جمعها مخاض من غير لفظها و قد يقال خلفات فعلى هذا التفسير يكون قوله في بطونها أولادها صفة مقدرة و بقول (١) محمد رحمه الله تعالى قال عطاء رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال مالك رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و هو قول الزهري و ربيعة و سليمان بن يسار رحمهم الله تعالى (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط و العصا و فيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها)

---

(١) بقول محمدٌ الخ. كذا في المغني ص ٤٨٩ ج ٩.

و عن عمر و زيد رضى الله تعالى عنهما ثلاثون حقة و ثلاثون جذعة و لأن دية شبه العمد أغلظ و ذلك فيما قلنا و لهما قوله عليه الصلاة و السلام فى نفس المؤمن مائة من الإبل و ما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم في صفة التغليظ

هذا الحديث رواه أبو داود و النسائي و ابن ماجة رحمهم الله تعالى و قد تقدم (١) فى الجنايات (و عن عمر و زيد رضى الله تعالى عنهما) أى و روى عن عمر بن الخطاب و زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهما (ثلاثون حقة و ثلاثون جذعة و لأن دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطأ المحض فان الابل تجب فيه أخماسا (و ذلك) أى كونه أغلظ (فيما قلنا) لأنا نقول أثلاثا و أنتم تقولون أرباعا (و لهما) أى لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (في نفس المؤمن مائة من الابل) تقدم فى الزكاة كتاب النبى ﷺ إلى عمر و بن حزم رضى الله تعالى عنه و فيه و أن فى نفس المؤمن الدية مائة من الابل رواه (٢) النسائىّ فى الديات و ابن حبانّ فى صحيحه ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه الصلاة و السلام هذا و ليس فيه دلالة على صفة من التغليظ (و ما روياه) أى ما روى محمد و الشافعى رحمهما الله تعالى (غير ثابت) احتج المصنفّ على عدم ثبوت هذا الحديث بقوله (لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى صفة التغليظ) فإن عمر (٣) و زيد بن ثابت و المغيرة بن شعبة و أبا موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنهم قالوا مثل ما قال محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى

(١)قد تقدم فى الجنايات ص٣٥٥ ج١٥. (٢)رواه النسائىّ فى الديات (باب) ذكر حديث عمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه فى العقول ص٢٥١ ج٢. (٣)فان عمر رضى الله تعالى عنه الخ. قلت روى أبو داودّ فى الديات باب فى الدية كم هى ص٢٧٨ ج٢ عن مجاهد قال قضى عمر رضى الله تعالى عنه في شبه العمد ثلاثين حقة و ثلاثين جذعة و أربعين خلفة ما بين ثنية إلى بازل عامها اه قال الزيلعىّ فى نصب الراية (ص٣٥٧ ج٤) إن مجاهدا لم يسمع من عمر رضى الله تعالى عنه فهو منقطع و روى أبو داودّ في الباب المذكور آنفا عن أبى عياض عن عثمان بن عفان و زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهما فى المغلظة أربعون جذعة خلفة و ثلاثون حقة و ثلاثون بنات لبون اه قال الزيلعىّ و أبو عياضّ ثقة احتج به البخارىّ فى صحيحه و روى ابن أبى شيبةّ فى الديات (باب) دية العمد كم هى ص١٣٧ ج٩ و البيهقىّ فيه باب صفة الستين التى مع الأربعين ص٦٩ ج٨ و عبد الرزاقّ فى العقول باب شبه العمد ص٢٨٤ ج٩ عن الشعبى قال كان أبو موسى و المغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنهما يقولان فى المغلظة من الدية ثلاثون حقة و ثلاثون جذعة و أربعون ثنية إلى بازل عامها كلها خلفة اه (تنبيه) و روى أبو داودّ فى الباب المذكور آنفا عن عاصم بن ضمرة عن على رضى الله تعالى عنه أنه قال فى شبه العمد أثلاثا ثلاث و ثلاثون حقة و ثلاث و ثلاثون جذعة و أربع و ثلاثون ثنية إلى بازل عامها كلها خلفة اه قال الزيلعىّ و عاصم بن ضمرة فيه مقال و رواه عبدالرزاقّ فى العقول باب شبه العمد ص٢٨٤ ج٩ عن الثورى عن منصور عن ابراهيم قال قال على رضى الله تعالى عنه نحوه.

و ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا و هو كالمرفوع فيعارض به

(و ابن مسعود رضى الله تعالى عنه) أى و عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه (قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا) يعنى أرباعا و أخرج (١) حديثه أبو داودؒ عن علقمة و الاسود قالا قال عبدالله رضى الله تعالى عنه فى شبه العمد خمس و عشرون حقة و خمس و عشرون جذعة و خمس و عشرون بنات لبون و خمس و عشرون بنات مخاض و سكت عنه أبو داودؒ ثم المنذرىؒ بعده و روى مرفوعا أخرجه (٢) الأربعةؒ عن حجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الطائى عن عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ فى دية الخطأ عشرون حقة و عشرون جذعة و عشرون بنت مخاض و عشرون بنت لبون و عشرون بنى مخاض ذكر قال الترمذىؒ لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه و قد روى عن عبدالله رضى الله تعالى عنه موقوفا و قال (٣) الدارقطنىؒ هذا حديث ضعيف غير ثابت عن أهل المعرفة بالحديث من وجوه الأول أنه مخالف لما رواه (٤) أبو عبيدة بن عبدالله بن مسعود عن أبيه بالسند الصحيح أنه قال دية الخطأ أخماسا عشرون حقة و عشرون جذعة و عشرون بنات لبون و عشرون بنو لبون ذكور و عشرون بنات مخاض و الثانى أن خشف بن مالك مجهول لم يروه عنه إلا زيد بن جبير بن حرمل الجشمى و أهل العلم بالحديث لا يحتجون بخبر ينفرد بروايته رجل غير معروف و الثالث أن خبر خشف ابن مالك لا نعلم أن أحدا رواه زيد بن جبير عنه إلا حجاج بن أرطاة و هو رجل مشهور بالتدليس و قال ابن الجوزىؒ فى التحقيق أبو عبيدة لم يسمع عن أبيه فكيف جاز للدارقطنىؒ أن يسقط ذكر هذا و خشف وثقه النسائىؒ و ابن حبانؒ و زيد بن جبير و ثقه ابن معينؒ و غيره و أخرجا له فى الصحيحين (و هو) أى الذى قاله ابن مسعود رضى الله تعالى عنه (كالمرفوع) لأن الرأى لا مدخل له فى المقادير (فيعارض به) أى فيعارض ما روياه بقول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى ثم على قول محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى لو اختلف فى حملها يرجع إلى أهل الخبرة كما يرجع فى حمل المرأة إلى قول القوابل و لو اختلف الولى و الجاني بعد أخذ قول أهل الخبرة فقال الولي لم تكن حوامل و قال الجاني ولدت عندك فالقول

(١)أخرج حديثه أبو داودؒ فى الديات باب فى الدية كم هى ص٢٧٨ ج٢. (٢)أخرجه الأربعةؒ الخ. قلت أخرجه أبو داودؒ فى الديات باب فى الدية كم هى ص٢٧٧ ج٢ و الترمذىؒ فيه باب ما جآء فى الدية كم هى من الابل ص١٦٦ ج١ و النسائىؒ فى القود (باب) ذكر أسنان دية الخطأ ص٢٤٧ ج٢ و ابن ماجةؒ فيه باب دية الخطأ ١٩٣. (٣)قال الدارقطنىؒ فى الحدود و الديات ص١٧٣ ج٣. (٤)رواه أبو عبيدةؒ الخ. أخرجه الدارقطنىؒ فى الحدود و الديات ص١٧٢ ج٣.

قال و لا يثبت التغليظ إلا فى الابل خاصة لأن التوقيف فيه فإن قضى فى الدية بغير الإبل لم يتغلظ (١) لما قلنا. قال و قتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة و الكفارة على القاتل لما بينا من قبل.

للجانى و إن أخذنا بغير قولهم فالقول للولى. (قال) أى القدورىّ (و لا يثبت (٢) التغليظ إلا فى الابل خاصة) يعنى لا يزاد فى الدراهم و الدنانير على عشرة آلاف درهم و ألف دينار و قال الثورى و الحسن بن صالح رحمهما الله تعالى تغلظ فى النوعين الآخرين أى الدراهم و الدنانير بأن ينظر إلى قيمة أسنان الابل فى دية الخطأ و إلى قيمة أسنان الابل فى شبه العمد فما زاد على أسنان دية الخطأ يزاد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق و يزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب و نحن قلنا بما ذكر فى الكتاب (لأن التوقيف فيه) أى لأن الشرع ورد فى الابل و عليه الاجماع و المقدرات لا تعرف إلا سماعا فلم تتغلظ بغيره قياسا حتى لو قضى القاضى به لا ينفذ قضاؤه و هو معنى قوله (فإن قضى بالدية فى غير الابل لم يتلغظ لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن التوقيف فيه. (قال) أى القدورىّ (و قتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة و الكفارة على القاتل) و به (٣) قال الشافعي و أحمد فى ظاهر المذهب و هو قول الثورى و اسحاق و النخعي و الحكم و حماد و الشعبى رحمهم الله تعالى و قال ابن سيرين و ابن شبرمة و أبو ثور و قتادة و الزهرى و الحارث العكلى رحمهم الله تعالى و احمد رحمه الله تعالى فى رواية هذه الدية على القاتل و هكذا يجب أن يكون قول مالك رحمه الله تعالى لأن شبه العمد عنده من باب العمد (لما بينا من قبل) يعنى فى

---

(١)لم يتغلظ. ن. لم تتغلظ. (٢)و لا يثبت التغليظ الخ. و فى الشامية: اعلم أن عبارات المتون هنا مختلفة المفهوم فظاهر الهداية و الاختيار و الكنز و الملتقى أن الدية فى شبه العمد لا تكون من غير الابل و هو ظاهر عبارة المصنفّ هنا أيضا و عليه فالتغليظ ظاهر لعدم التخيير و ظاهر الوقاية و الاصلاح و الغرر و غيرها أنها تكون من غير الابل و به صرح فى متن القدورى حيث قال و لا يثبت التغليظ إلا فى الابل خاصة فان قضى من غير الابل لم تتغلظ اه و عليه فمعنى التغليظ فيها أنها إذا دفعت من الابل تدفع أرباعا بخلاف دية الخطأ فانها أخماس و فى المجمع تتغلظ دية شبه العمد فى الابل قال شارحه حتى لو قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ و كذا فى درر البحار و شرحه غرر الأفكار و فى جنايات غاية البيان و تغلظ الدية فى شبه العمد فى الابل إذا فرضت الدية فيها فأما غير الابل فلا يغلظ فيها و فى الجوهرة حتى أنه لا يزاد فى الفضة على عشرة آلاف و لا فى الذهب على ألف دينار و فى درر البحار اتفق الأئمة رحمهم الله تعالى على أن الدية من الذهب فى الخطأ و شبه العمد ألف دينار فهذه العبارات صريحة فى أن دية شبه العمد لا تختص بالابل قال ط و الذى قدمه الزيلعىّ أول الكتاب أن الدية فى شبه العمد لا تكون إلا من الابل مغلظة على العاقلة فى ثلاث سنين يؤخذ فى كل سنة ثلث المائة من الابل و رجحه فى الشرنبلالية بأنه لو كان الواجب ما هو أعم من الابل لم يكن للتغليظ فائدة لأنه يختار الأخف فتفوت حكمة التغليظ اه (قال ابن عابدينّ) أقول ما نقله عن الزيلعي لم أره فى نسختى فليراجع و على ثبوته فالظاهر أن فى المسئلة روايتين و الله تعالى أعلم. (٣)و به قال الشافعىّ الخ. كذا فى المغنى ص ٤٩١ ج٩.

قال و الدية في الخطأ مائة من الابل أخماسا عشرون بنت مخاض و عشرون بنت لبون و عشرون ابن مخاض و عشرون حقة و عشرون جذعة و هذا قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و إنما أخذنا نحن و الشافعي رحمه الله تعالى به لروايته أن النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال و لأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطئ معذور غير أن عند الشافعي رحمه الله تعالى يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض و الحجة عليه

أول كتاب الجنايات (قال) أي القدوري (و الدية في الخطأ مائة من الابل أخماسا) قيل هو منصوب باضمار كان و قال الأكمل يجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطأ قلت يحتمل أن يكون تمييزا على ما لا يخفى (عشرون بنت مخاض و عشرون بنت لبون و عشرون ابن مخاض و عشرون حقة و عشرون جذعة و هذا قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه) و قد أجمعت الصحابة رضي الله تعالى عنهم على المائة و لكنهم اختلفوا في سنها فقال (١) ابن مسعود رضي الله تعالى عنه مثل ما ذكره المصنف آنفا و قال (٢) علي رضي الله تعالى عنه في الخطأ أرباعا خمس و عشرون حقة و خمس و عشرون جذعة و خمس و عشرون بنت مخاض و خمس و عشرون بنت لبون و قال (٣) عثمان و زيد بن ثابت رضي الله عنهما في دية الخطأ ثلاثون حقة و ثلاثون بنات لبون و عشرون بني لبون ذكور و عشرون بنات مخاض ذكر ذلك كله أبو يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الخراج (و إنما أخذنا نحن و الشافعي رحمه الله تعالى به) أي بقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه (لروايته) أي لرواية بن مسعود رضي الله تعالى عنه (أن النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال) أي ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قد ذكرنا (٤) هذا عن الأربعة أصحاب السنن عن قريب و لفظ الترمذي و النسائي قضى كلفظ المصنف (و لأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطئ معذور) فيعذر في فعله و لهذا لا تجب الدية في الخطأ إلا على العاقلة (غير أن عند الشافعي رحمه الله تعالى) استثناء من قوله أخذنا نحن و الشافعي رحمه الله تعالى به أي إلا أن عند الشافعي رحمه الله تعالى (يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض و الحجة عليه) أي على الشافعي

(١)فقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الخ. قلت رواه عبدالرزاق في العقول باب أسنان دية الخطأ ص٢٨٨ ج٩ و البيهقي في الديات باب من قال أسنان الابل في الخطأ أخماس الخ ص ٧٤ و ٧٥ ج٨. (٢)قال علي رضي الله تعالى عنه الخ. قلت رواه عبدالرزاق في الباب المذكور آنفا ص٢٨٧ ج٩ و البيهقي في الديات باب من قال أسنان الابل في الخطأ أرباع الخ ص ٧٤ ج٨. (٣)قال عثمان و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما الخ. قلت رواه أبو داود في الديات باب في الدية كم هي ص٢٧٨ ج٢ و البيهقي في الباب المذكور آنفا. (٤)قد ذكرنا هذا الخ. قلت قد مر تخريجه مفصلا عن قريب.

ما رويناه. قال و من العين ألف دينار و من الورق عشرة آلاف درهم و قال الشافعي رحمه الله تعالى من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قضى بذلك

(ما رويناه) من قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و قضاء رسول الله ﷺ. (قال) أي القدوري (و من العين) أي دية الخطأ من الذهب (ألف دينار و من (١) الورق) أي الفضة (عشرة آلاف درهم و قال الشافعي رحمه الله تعالى من الورق اثنا عشر ألفا) و به (٢) قال مالك و أحمد و إسحاق رحمهم الله تعالى (لما روى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قضى بذلك) أي باثني عشر ألفا أخرج هذا (٣) أصحاب السنن الاربعة عن محمد بن مسلم عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن رجلا من بني عدى قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفا و قال أبو داود رواه ابن عيينة عن عمرو عن عكرمة لم يذكر ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و قال الترمذي لا نعلم أحدا يذكر في هذا الحديث عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما غير محمد بن مسلم و روى (٤) الترمذي عن سعيد بن عبد الرحمن المخزومي ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن النبي ﷺ نحوه و رواه (٥) النسائي أخبرنا محمد بن ميمون المكي عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عكرمة سمعناه مرة يقول عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قضى باثني عشر ألفا يعني في الدية قال و محمد بن ميمون ليس بالقوى في الحديث و كذلك رواه (٦) الدارقطني في سننه و قال (٧) أبو حاتم كان محمد بن ميمون أبو عبدالله المكي الخياط أميا مغفلا و ذكره ابن حبان في الثقات و قال ربما وهم و قال النسائي صالح و محمد بن مسلم هذا هو الطائفي أخرج له البخاري في المبايعة و مسلم في الاستشهاد و وثقه ابن معين و قال مرة إذا احدث من حفظه يخطئ و إذا حدث من كتابه فلا بأس به و ضعفه أحمد و قال النسائي الصواب أنه مرسل و قال ابن حبان المرسل أصح و قال ابن أبي حاتم في علله قال

---

(١)و من الورق عشرة آلاف درهم و به كتب عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى و هو قول الثوري و أبي ثور رحمهما الله تعالى كما في الجوهر النقي ص٨٠ ج٨ و هو محكي عن ابن شبرمة رحمه الله تعالى كما في المغني ص٤٨٢ ج٩. (٢)و به قال مالك الخ. كذا في المغني و فيه أيضا و به قال الحسن و عروة رحمهما الله تعالى. (٣)أخرج هذا أصحاب السنن الأربعة الخ. قلت أخرجه أبو داود في الديات باب في الدية كم هي ص٢٧٧ ج٢ و الترمذي فيه باب ما جآء في الدية كم هي من الدراهم ص١٦٧ ج١ و ابن ماجة فيه باب دية الخطأ ص١٩٣ و النسائي في القود (باب) ذكر الدية من الورق ص٢٤٧ ج٢. (٤)روى الترمذي في الباب المذكور آنفا. (٥)رواه النسائي في الباب المذكور آنفا. (٦)رواه الدار قطني في الحدود و الديات ص١٣٠ ج٣. (٧)قال أبو حاتم الخ. كذا في نصب الراية ص٣٦١ ج٤.

و لنا ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم و تأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة و قد كانت كذلك. قال

أبى المرسل أصح (و لنا ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم) هذا الحديث غريب و روى (١)محمد بن الحسنؒ فى كتاب الآثار و قال أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبى عن عبيدة السلمانى عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال على أهل الورق من الدية عشرة آلاف درهم و على أهل الذهب ألف دينار وجه الاستدلال به أن عمر رضى الله عنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم من غير نكير فحل محل الاجماع (و تأويل ما روى) أى الشافعى رحمه الله تعالى (أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة) أى وزن ستة مثاقيل فإن فى ابتداء عهد رسول الله ﷺ كان وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة (و قد كانت كذلك) أى و قد كانت الدراهم وزن ستة إلى عهد عمر رضى الله تعالى عنه ثم صار وزن سبعة كما ذكرنا و قال تاج الشريعةؒ و تأويل ما روى أنه أوجب اثنى عشر ألفا محمول على أنه أوجب من دراهم كانت بوزن ستة و اثنا عشر بوزن ستة تبلغ عشرة آلاف بوزن سبعة و الدليل على صحة ما ذكرنا من التأويل ما روى (٢)عن عثمان رضى الله تعالى عنه أنه أوجب فى دية القتيل اثنى عشر ألفا و كانت الدراهم يومئذ وزن ستة فإن قيل إثنا عشربوزن الستة يكون أكثر من عشرة آلاف فكيف يفيد هذا التأويل الجواب أجيب بأن شيخ الإسلامؒ قال فى مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئا إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً فإن قيل احتج الشافعىؒ و من معه بما روى (٣) يزيد الرقاشى عن انس رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لأن أجلس مع قوم يذكرون الله من صلاة العصر إلى صلاة المغرب أحب إلىّ من أن أعتق ثمانية من ولد اسماعيل عليه السلام دية كل واحد منهم إثنا عشر ألفا و عن الحسن رحمه الله تعالى قال قال رسول الله ﷺ من قرأ فى ليلة خمسمائة إلى ألف آية فله قنطار و القنطار دية أحدكم اثنا عشر ألف درهم و أجيب بأن حديث الرقاشى ضعيف عند الثقات و حديث الحسن مرسل و العجب من الشافعى رحمه الله تعالى أنه لا يعمل بالمرسل ثم يحتج به. (قال) أى القدورىؒ

(١)روى محمد بن الحسنؒ فى القصاص باب الديات و ما يجب على أهل الورق ص١٤٢. (٢)روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه الخ. رواه البيهقىؒ فى الديات باب ما روى فيه (أى فى تقدير البدل باثنى عشر ألف درهم أو بألف دينار) عن عمر و عثمان رضى الله تعالى عنهما الخ ص ٨٠ ج٨. (٣)روى يزيد الرقاشى الخ. أخرجه البيهقىؒ فى الديات باب تقدير البدل باثنى عشر ألف درهم أو بألف دينار الخ ص٧٩ ج٨.

و لا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا منها و من البقر مائتا بقرة و من الغنم ألف شاة و من الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لأن عمر رضى الله تعالى عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها

(و لا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة) و هي الإبل و الذهب و الفضة (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به (١)قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و الشافعي رحمه الله تعالى في القديم و قال الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد و احمد رحمه الله تعالى في رواية و محمد بن المنذر رحمه الله تعالى الأصل في الدية الإبل فقط فاذا لم توجد الابل أو توجد بأكثر من ثمن المثل فقال احمد رحمه الله تعالى يرجع إلى ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى القديم و قال في الجديد تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (منها) أي من هذه الثلاثة (و من البقر مائتا بقرة و من الغنم ألفا شاة و من الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) و به (٢) قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الكرخيّ في مختصره و الحلة ثوبان إزار ورداء و الإزار المئزر و قيل في زماننا قميص و سراويل و قال الإمام الاسبيجابيّ قيمة كل حلة خمسون درهما و قيمة كل بقرة خمسون درهما و قيمة كل (٣) شاة خمسة دراهم (لأن عمر رضى الله تعالى عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها) أي من المذكورة و روى (٤) أبو يوسفؒ في كتاب الجراج و قال حدثنا ابن أبي ليلي عن الشعبي عن عبيدة السلماني

(١)و به قال احمدؒ الخ. نحوه في شرح الوجيز ص٣٢٣ ج١٠ و المغني ص ٤٨١ ج٩. (٢)و به قال احمدؒ في رواية و هو قول عمر رضى الله تعالى عنه و عطاء و طاوس و فقهاء المدينة السبعة و الثوري و ابن أبي ليلي رحمهم الله تعالى كذا في المغني لكن فيه طرح الحلل. (٣)قيمة كل شاة خمسة دراهم زاد القهستاني و الشياه ثنايا و قيل كالضحايا شامي فيجوز الجذع رافعي. (٤)روى أبو يوسفؒ الخ. قلت و رواه ابن أبي شيبةؒ في أوئل الديات ص١٢٧ ج٩ و عبدالرزاقؒ في العقول باب كيف أمر الدية ص٢٩٢ ج٩ و روى أبو داودؒ في الديات باب في الدية كم هي ص٢٧٦ ج٢ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنه قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمان مائة دينار أو ثمانية آلاف درهم و دية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضى الله تعالى عنه فقام خطيباً فقال إن الابل قد غلت قال ففرضها عمر رضى الله تعالى عنه على أهل الذهب ألف دينار و على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم (أي على وزن ستة كما في البذل) و على أهل البقر مائتي بقرة و على أهل الشاة ألفي شاة و على أهل الحلل مائتي حلة قال و ترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية و في الباب حديث مرفوع رواه أبو داودؒ في الباب المذكور آنفا عن محمد بن اسحاق قال ذكر عطاء عن جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه قال فرض رسول الله ﷺ في الدية على أهل الابل مائة من الابل و على أهل البقر مائتي بقرة و على أهل الشاء ألفي شاة و على أهل الحلل مائتي حلة الحديث و في نصب الراية (ص٣٦٣ ج٤): قال المنذريؒ لم يذكر ابن اسحاق من حدثه به عن عطاء فهو منقطع اه.

و له أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية و هذه الأشياء مجهولة المالية و لهذا لا يقدر بها ضمان و التقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز و هذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل

عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار و على أهل الورق عشرة آلاف درهم و على أهل الإبل مائة من الإبل و على أهل البقر مائتي بقرة و على أهل الشياه ألفي شاة و على أهل الحلل مائتي حلة (و له) أي لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية و هذه الأشياء) أي البقر و الغنم و الحلة (مجهولة المالية) و أوضح ذلك بقوله (و لهذا لا يقدر بها ضمان) أي ضمان العدوان (و التقدير (١) بالإبل) جواب عما يقال فالإبل كذلك و تقرير الجواب أن التقدير بالإبل ليس كذلك لأنه (عرف بالآثار المشهورة) كما ذكرت فيما مضى (عدمناها في غيرها) أي عدمنا الآثار المشهورة في غير الإبل و فائدة هذا الخلاف تظهر في اختيار القاتل فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى له (٢) الخيار في أداء الدية من الأنواع (٣) الثلاثة فقط و عندهما من الأنواع (٤) الستة و في الصلح فان عنده يجوز الصلح على اكثر من مائتي بقرة في رواية و في رواية لا يجوز كقولهما كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل أو ألف دينار (و ذكر في المعاقل) أي ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب المعاقل من المبسوط أورد هذا شبهة على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى من قوله و لا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة و وجه ورودها أن محمدا رحمه الله تعالى ذكر في المعاقل (أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز و هذا آية التقدير بذلك) أي و هذا الصلح علامة التقدير بذلك و أجاب بوجهين أحدهما هو قوله (ثم قيل هو قول الكل) أي قوله لا يجوز الصلح على الزيادة قول الكل لأنه ذكر في كتاب المعاقل أن الولي

---

(١)و التقدير بالابل الخ. قال العثماني في الاعلاء: لا يخفى صحته على من له إلمام بمعرفة الأحاديث و أيضا فتقييد البقر و الغنم في الدية بالثني فصاعدا و الحلل بكونه يمانية قيمة كل حلة خمسون درهما لا أثر في شيء من الآثار التي ذكرها أبو يوسف و محمد و غيرهما من المحدثين رحمهم الله تعالى و لا يجوز تقدير الدية أو تقييدها بالرأي فلأجل ذلك لم يقل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بما قالاه اه. (٢)له الخيار الخ. و في الدر المنتقى أن كل الأنواع أصول و عليه أصحابنا رحمهم الله تعالى و أن التعيين بالرضا أو القضاء و عليه عمل القضاة و قيل للقاتل ذكره القهستاني اه شامي. (٣)الأنواع الثلاثة و هي الابل و الدنانير و الدراهم. (٤)الأنواع الستة و هي الابل و الدنانير و الدراهم و البقر و الغنم و الحلل.

فيرتفع الخلاف و قيل هو قولهما. قال و دية المرأة على النصف من دية الرجل و قد ورد هذا اللفظ موقوفا على على رضى الله تعالى عنه و مرفوعا إلى النبى ﷺ و قال الشافعى رحمه الله تعالى ما دون الثلث لا يتنصف

لو صالح على أكثر من مائتى حلة فالفضل باطل بالاجماع فاذا كان كذلك (فيرتفع الخلاف) بين أبى حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى الوجه الثانى هو قوله (و قيل هو قولهما) أى ما ذكر فى كتاب المعاقل قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فينبغى أن يجوز الصلح على أكثر من ذلك و إليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابىؒ فى شرح الكافى و قال تاج الشريعةؒ فكان الخلاف ثابتا و قال الأكملؒ ذكر الجواب بوجهين أحدهما يقرر الشبهة و يرفع الخلاف و لا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا و الثانى يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنه قولهما و حمل بعض مشايخناؒ على أن فى المسألة عنه روايتين. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الأصل و لم يذكر فى الجامع و لا ذكره القدورى رحمه الله تعالى (و دية (١) المرأة على النصف من دية الرجل) و قال (٢) ابن عبد البر و ابن المنذر رحمهما الله تعالى أجمع أهل العلم على أن ديتها نصف دية الرجل و حكى غيرهما عن ابن علية و الأصم رحمهما الله تعالى أنهما قالا ديتها كدية الرجل (و قد ورد هذا اللفظ) أى قوله دية المرأة على النصف من دية الرجل (موقوفا على على رضى الله تعالى عنه و مرفوعا إلى النبى ﷺ) أما الموقوف فأخرجه (٣) البيهقىؒ عن ابراهيم النخعى عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أنه قال عقل المرأة على النصف من عقل الرجل فى النفس و فيما دونها قلت هذا منقطع لأن ابراهيمؒ لم يحدث عن أحد من الصحابة رضى الله تعالى عنهم مع أنه أدرك جماعة منهم و أما المرفوع فأخرجه (٤) البيهقىؒ أيضا عن معاذ بن جبل رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ دية المرأة على النصف من دية الرجل (و قال الشافعى رحمه الله تعالى ما دون الثلث لا يتنصف) يعنى إذا كان جناية أرشها ما دون الثلث لا يتنصف و فى غيره يتنصف و قال الكاكىؒ قال (٥)

(١)و دية المرأة الخ. ففى قتل المرأة خطأ خمسة آلاف و فى قطع يدها ألفان و خمسمائة و هذا فيما فيه دية مقدرة و أما فيما فيه الحكومة فقيل كالمقدرة و قيل يسوى بينهما كما فى الظهيرية و لا يرد جنين فيه غرة لأنه مستثنى در منتقى و فى التاترخانية عن شرح الطواويسى ما ليس له بدل مقدر يستوى فيه الرجل و المرأة عند أصحابنا رحمهم الله تعالى كذا فى الشامية. (٢)قال ابن عبدالبرؒ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص٥٣١ ج٩. (٣)فأخرجه البيهقىؒ فى الديات باب ما جآء فى جراح المرأة ص٩٦ ج٨. (٤)فأخرجه البيهقىؒ فى الديات باب ما جآء فى دية المرأة ص٩٥ ج٨. (٥)قال الشافعىؒ الخ. كذا فى المغنى ص٥٣٢ ج٩.

و إمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه و الحجة عليه ما رويناه بعمومه و لأن حالها أنقص من حال الرجل و منفعتها أقل و قد ظهر أثر النقصان بالتنصيف (١) في النفس فكذا في أطرافها و أجزائها اعتبارا بها و بالثلث و ما فوقه. قال و دية المسلم و الذمي سواء

الشافعي رحمه الله تعالى ما دون الثلث لا يتنصف و كذلك الثلث قاله في القديم و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و هو قول الفقهاء السبعة و ابن المسيب و عمر بن عبدالعزيز و عروة ابن الزبير و الزهري و قتادة و الأعرج و ربيعة رحمهم الله تعالى و هكذا روي عن عمر و ابنه و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم و عندنا و الشافعي رحمه الله تعالى في ظاهر مذهبه على التنصيف فيما قل و كثر و به قال الثوري و الليث و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة و ابن سيرين رحمهم الله تعالى و اختاره ابن المنذر و أبو ثور رحمهما الله تعالى و في النهاية و الصواب أن يقال و قال الشافعي رحمه الله تعالى يعني في القديم الثلث و ما دونه لا يتنصف كما ذكرنا (و إمامه فيه) أي إمام الشافعي رحمه الله تعالى في هذا (زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه) أخرج (٢) البيهقيّ عن الشعبي عن زيد ابن ثابت رضي الله تعالى عنه أنه قال جراحات الرجال و النساء سواء إلى الثلث فما زاد فعلى النصف و هو منقطع و ذكر الكاكيّ في حجة الشافعي ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها أخرجه (٣) النسائيّ قلت في اسناده اسماعيل بن عياش عن ابن جريج قال (٤) صاحب التنقيحّ ابن جريج حجازي و اسماعيل بن عياش ضعيف في زوايته عن الحجازيين (و الحجة عليه) أي على الشافعي رحمه الله تعالى (ما رويناه بعمومه) أشار به إلى قوله و قد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله تعالى عنه و مرفوعا إلى النبي ﷺ (و لأن جالها أنقص من حال الرجل) قال الله تعالى ﴿و للرجال (٥) عليهن درجة﴾ (و منفعتها أقل) لأنها لا تتمكن من التزوج ما دامت زوجة لرجل (و قد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا) أي يظهر أثر النقصان بالتنصيف (في أطرافها و أجزائها اعتبارا بها) أي بالنفس (و بالثلث و ما فوقه) أي و اعتبارا بتنصيف الثلث و ما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل. (قال) أي القدوريّ (و دية المسلم (٦) و الذمي سواء) و قال الكرخيّ

(١)بالتنصيف. ن. في التنصيف. (٢)أخرج البيهقيّ في الديات باب ما جآء في جراح المرأة ص٩٥ج٨. (٣)أخرجه النسائيّ في القود (باب) عقل المرأة ص٢٤٧ج٢. (٤)قال صاحب التنقيحّ الخ. كذا في نصب الراية ص٣٦٤ج٤. (٥)و للرجال الآية. البقرة:٢٢٨. (٦)ودية المسلم و الذمي سواء و به قال علقمة و مجاهد و الشعبي و النخعي و الثوري رحمهم الله تعالى و روي ذلك عن عمر و عثمان و ابن مسعود و معاوية رضي الله تعالى عنهم و قال ابن عبدالبرّ و هو قول سعيد بن المسيب و الزهري رحمهما الله تعالى كذا في المغني ص٥٢٧ج٩=>

و قال الشافعي رحمه الله تعالى دية اليهودى و النصرانى أربعة آلاف درهم و دية المجوسى ثمانمائة درهم و قال مالك رحمه الله تعالى دية اليهودى و النصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة و السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم و الكل عنده اثنا عشر ألفا و للشافعي رحمه الله تعالى ما روى أن النبى ﷺ جعل دية النصرانى و اليهودى أربعة آلاف درهم و دية المجوسي ثمانمائة درهم

في مختصره و المسلم و الذمى و الكتابى و غير الكتابى و الحربي المستأمن و كل من كانت نفسه محظورة فان قدر دياتهم سواء و فى إناثهم جميعهن على النصف مما يجب فى الذكور (و قال الشافعي رحمه الله تعالى دية اليهودى و النصرانى أربعة آلاف درهم و دية المجوسى ثمانمائة درهم) و هو (١) قول سعيد بن المسيب و عطاء و الحسن و عكرمة و عمرو بن دينار و إسحاق و أبي ثور رحمهم الله تعالى و روى ذلك عن عمر و عثمان رضى الله تعالى عنهما أيضا و به قال احمد رحمه الله تعالى فى رواية فى دية اليهودى و النصرانى و قولا واحدا فى دية المجوسى (و قال مالك رحمه الله تعالى دية اليهودى و النصرانى ستة آلاف درهم) و به (٢)قال احمد رحمه الله تعالى فى ظاهر المذهب و عمر بن عبد العزيز و عروة و عمرو بن شعيب رحمهم الله تعالى (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (عقل الكافر نصف عقل المسلم) هذا الحديث رواه (٣) أصحاب السنن الأربعةُ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال دية المعاهد نصف دية الحر هذا لفظ أبي داودٌ و لفظ الترمذيٌ دية عقل الكافر نصف عقل المؤمن و قال حديث حسن و لفظ النسائيٌ عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين و هم اليهود و النصارى (و الكل عنده إثنا عشر ألفا) أى كل الدية عند مالك رحمه الله تعالى إثنا عشر ألف درهم فلذلك قال دية اليهودى و النصرانى ستة آلاف درهم (و للشافعي رحمه الله تعالى ما روى أن النبى ﷺ جعل دية اليهودى و النصرانى أربعة آلاف درهم و دية المجوسي ثمانمائة درهم) هذا ذكره (٤) عبدالرزاقٌ في مصنفه عن ابن جريج قال أخبرني

=> و هو مروى عن أبى بكر و على رضى الله تعالى عنهما و هو قول عطاء و عثمان البتى و الحسن بن حى رحمهم الله تعالى كما فى الجوهر النقى ص١٠٣ ج٨. (١)و هو قول سعيد بن المسيبٌ الخ. كذا فى المغنى ص٥٢٧ و ٥٣٠ ج٩. (٢)و به قال احمدٌ الخ. كذا فى المغني. (٣)رواه أصحاب السنن الأربعةٌ الخ. قلت رواه أبو داودٌ فى الديات باب فى دية الذمى ص٢٨٢ ج٢ و الترمذيٌ فيه باب ما جآء لا يقتل مسلم بكافر ص١٦٩ ج١ و النسائيٌ فى القود (باب) كم دية الكافر ص٢٤٧ ج٢ و ابن ماجةٌ فى الديات باب دية الكافر ص١٩٤. (٤)ذكره عبدالرزاقٌ فى العقول باب دية أهل الكتاب ص٩٢ ج١٠ و الدارقطنيٌ فى الحدود و الديات ص١٤٥ ج٣ و البيهقيٌ فى الديات باب دية أهل الذمة ص١٠١ ج٨.

ولنا قوله عليه الصلاة و السلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار و كذلك قضى أبو بكر و عمر رضى الله تعالى عنهما و ما رواه الشافعى رحمه الله تعالى لم يعرف راويه و لم يذكر فى كتب الحديث

عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ فرض على كل رجل مسلم قتل رجلا من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم و لفظ أحد (١) من أهل التخريج و هو معضل (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ(دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار) هذا أخرجه (٢) أبو داودؒ فى المراسيل عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى قال قال رسول الله ﷺ دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار و وقفه الشافعىؒ فى مسنده على سعيدؒ فقال أخبرنا محمد بن الحسن الشيبانى ثنا محمد بن يزيد ثنا سفيان بن حسين عن الزهرى عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى قال دية كل معاهد فى عهده ألف دينار (و كذلك قضى أبو بكر و عمر رضى الله تعالى عنهما) روى (٣) محمد بن الحسنؒ فى كتاب الآثار و قال أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبى الهيثم أن النبى ﷺ و أبا بكر و عمر و عثمان رضى الله تعالى عنهم قالوا دية المعاهد دية الحر المسلم قال محمد رحمه الله تعالى و بهذا نأخذ (و ما رواه الشافعى رحمه الله تعالى لم يعرف راويه و لم يذكر فى كتب الحديث) و فيه نظر لأنا

---

(١)و لفظ أحد من أهل التخريج يعنى الزيلعىؒ فى نصب الراية ص٣٦٥ ج٤. (٢)أخرجه أبو داودؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٦٦ج٤ و قال فى الجوهر النقى (ص١٠٣ ج٨): و قد تأيد هذا المرسل بمرسلين صحيحين و بعدة أحاديث مسندة و إن كان فيها كلام و بمذاهب جماعة كثيرة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و من بعدهم فوجب أن يعمل به الشافعى رحمه الله تعالى كما عرف فى مذهبه و فى التمهيد روى ابن اسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى قضية بنى قريظة و النضير أنه عليه الصلاة و السلام جعل ديتهم سواء كاملة و قد تقدم عن عثمان رضى الله تعالى عنه على موافقة هذه الأحاديث من وجوه عديدة بعضها فى غاية الصحة كما قدمنا عن ابن حزم و هو الذى دل عليه ظاهر كتاب الله تعالى لأنه تعالى قال "و من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله" ثم قال "و إن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة" و الظاهر أن هذه الدية هى الدية الأولى و كذا فهم جماعة من السلف قال ابن أبى شيبةؒ (فى الديات باب من قال دية اليهودى و النصرانى مثل دية المسلم ص٢٨٧ ج٩) ثنا عبد الرحيم هو ابن سليمان عن اشعث هو ابن سوار عن الشعبى و عن الحكم و حماد عن ابراهيم قالا دية اليهودى و النصرانى و الحربى المعاهد مثل دية المسلم و نساؤهم على النصف من دية الرجال و كان عامر الشعبىؒ يتلو هذه الآية " و إن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله" و قال ابن أبى شيبةؒ (فى الباب المذكور آنفا) ايضا ثنا اسماعيل بن ابراهيم عن أيوب عن الزهرىؒ سمعته يقول دية المعاهد دية المسلم و تلا هذه الآية " و إن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله" (قال ابن التركمانىؒ) و هذا السند فى غاية الصحة اه ملخصا. (٢)روى محمد بن الحسنؒ فى القصاص باب دية المعاهد ص١٥٠.

و ما رويناه أشهر مما رواه مالك رحمه الله تعالى فإنه ظهر به عمل الصحابة رضى الله تعالى عنهم.

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية و قد ذكرناه. قال و في المارن الدية و في اللسان الدية و في الذكر الدية

قد ذكرنا أن عبدالرزاقؒ أخرجه و رواه الدارقطنيؒ في سننه و فيه أيضا أن رسول الله ﷺ جعل عقل أهل الكتاب من اليهود و النصارى على النصف من عقل المسلمين (و ما رويناه) و هوقوله ﷺ دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار (أشهر مما رواه مالك رحمه الله تعالى) و هو قوله ﷺ عقل الكافر نصف عقل المسلم (فإنه) أى فإن الذى رويناه (ظهر به عمل الصحابة رضى الله تعالى عنهم) و قد ذكرنا عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة عن الهيثم بن أبى الهيثم أن النبى ﷺ و أبا بكر و عمر و عثمان رضى الله تعالى عنهم قالوا دية المعاهد دية الحر المسلم و روى (١)عبدالرزاقؒ فى مصنفه عن مجاهد عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال دية المعاهد مثل دية المسلم و روى (٢) عن أبى حنيفة عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضى الله تعالى عنه قال دية اليهودى و النصرانى و دية المسلم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و هو قولى و روى (٣) أيضا عن ابن جريج عن يعقوب بن عتبة و اسماعيل بن محمد و صالح قالوا عقل كل معاهد من أهل الكفر كعقل المسلمين ذكرانهم و إناثهم جرت بذلك السنة فى عهد رسول الله ﷺ.

(فصل فيما دون النفس)

أى هذا فصل فى بيان الأحكام فما دون النفس و أعقب ذكر النفس بذكر ما هو تبع لها و هو ما دون النفس. (قال) أى القدورىؒ (فى النفس الدية) أى تجب الدية بسبب إتلاف النفس كما يقال فى النكاح حل و كلمة فى يجيء للظرفية فيما كان معناه الإحتواء و لمعنى على فيما كان معناه الإستعلاء كقوله تعالى فى (٤) جذوع النخل و لمعنى السببية كقوله عليه الصلاة و السلام فى أربعين شاة شاة و هو قليل نادر (و قد ذكرناه) أى فى أول الجنايات و هو قوله و الدية مغلظة على العاقلة. (قال) أى القدورىؒ (و فى المارن الدية و فى اللسان الدية و فى الذكر الدية) أى و تجب الدية بسبب إتلاف المارن و بسبب إتلاف اللسان و بسبب إتلاف الذكر و المارن (٥) ما دون قصبة الأنف و هو ما لان منه و الأصل أن ما فى الإنسان من الأعضاء إن كان واحدا ففيه الدية كاملة و إن كان اثنين ففيهما الدية و فى أحدهما نصف الدية و إن كان أربعة ففيها الدية و فى

(١) روى عبدالرزاقؒ فى العقول باب دية المجوسى ص٩٧ج١٠. (٢و٣) روى أى عبد الرزاقؒ فى الباب المذكور آنفا. (٤)فى جذوع النخل الآية. طه:٧١. (٥)المارن الخ. كذا فى المغرب.

و الأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى أن النبي عليه الصلاة و السلام قال في النفس الدية و في اللسان الدية و في المارن الدية و هكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه الصلاة و السلام لعمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه

أحدها ربع الدية و إن كان عشرة ففيها الدية و في أحدها عشر الدية و ما فوت جنس المنفعة ففيه الدية لأن بفواته يفوت الآدمي من وجه ذكره في المبسوط و لا نعلم فيه خلافا و ذكر الكرخيّ في مختصره الأعضاء التي يجب بكل عضو منها دية هي ثلاثة أعضاء اللسان و الأنف و الذكر فإذا استوعب الأنف جدعا أو قطع منه المارن وحده و هو ما لان من الأنف عن العظم ففيه الدية كاملة و كذلك إذا استوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله و كذلك الذكر إذا استوعب أو قطع الحشفة كلها ففيه الدية (و الأصل فيه) أي في هذا الباب (ما روى سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى أن النبي ﷺ قال في النفس الدية و في اللسان الدية و في المارن الدية) هذا غريب (و هكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه) هذا أخرجه (١) النسائيّ في سننه عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود قال حدثني الزهري عن أبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتابا فيه الفرائض و السنن و الديات و بعث به مع عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه فقرئت على أهل اليمن هذه نسختها من محمد النبي ﷺ إلى شرجيل بن عبد كلال و نعيم ابن عبد كلال و الحارث بن عبد كلال قيل ذي رعين و معافر و همدان أما بعد و كان في كتابه أن من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فانه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول و أن في النفس الدية مائة من الابل و في الأنف إذا أوعب جدعه الدية و في اللسان الدية و في الشفتين الدية و في البيضتين الدية و في الذكر الدية و في الصلب الدية و في العينين الدية و في الرجل الواحدة نصف الدية و في المامومة نصف الدية و في الجائفة ثلث الدية و في المنقلة خمس عشرة من الابل و في كل اصبع من أصابع اليد و الرجل عشر من الابل و في السن خمس من الابل و في الموضحة خمس من الابل و إن الرجل يقتل بالمرأة و على أهل الذهب ألف دينار و روى (٢) أيضا عن يحيى قال ثنا سليمان بن أرقم قال حدثني الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض و السنن و الديات و بعث

---

(١) أخرجه النسائيّ في القود (باب) ذكر حديث عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه في العقول ص ٢٥١ ج ٢.

(٢) روى أي النسائيّ في الباب المذكور آنفا.

و الأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعته على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية

به مع عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه فقرئ على أهل اليمن هذه نسخته فذكر مثله إلا أنه قال و في العين الواحدة نصف الدية و في اليد الواحدة نصف الدية و في الرجل الواحدة نصف الدية و قال النسائيؒ و هذا أشبه بالصواب و سليمان بن أرقم متروك الحديث قلت رواه (١) عبد الرزاقؒ في مصنفه أنبأ معمر عن عبدالله بن أبي بكر به و عن عبد الرزاقؒ أخرجه (٢) الدارقطنيؒ في سننه و رواه (٣) الدارقطنيؒ أيضا عن اسماعيل بن عياش بن يحيى بن سعيد عن أبي بكر به و رواه كذلك ابن حبانؒ في صحيحه و الحاكمؒ في مستدركه كلاهما عن سليمان بن داود حدثني الزهري به قال الحاكمؒ إسناده صحيح و هو من قواعد الاسلام و قال ابن الجوزيؒ في التحقيق قال احمد بن حنبل رحمه الله تعالى كتاب عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه في الصدقات صحيح قال بعض الحفاظ من المتأخرين نسخة كتاب عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه تلقاها الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى بالقبول و هي متوارثة و قال يعقوب بن سفيان الفسويؒ لا أعلم في جميع الكتب المنقولة أصح منه كان أصحاب النبي ﷺ و التابعون رحمهم الله تعالى يرجعون إليه و يدعون آراءهم و رواه البيهقيؒ (٤) في سننه بسند ابن حبانؒ ثم قال و قد أثنى على سليمان بن داود الخولاني هذا أبوزرعة الرازي و أبو حاتم الرازي و عثمان بن سعيد الدارمي و جماعة من الحفاظ رحمهم الله تعالى اه و عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه المكنى أبا الضحاك استعمله رسول الله ﷺ على نجران اليمن و هو يومئذ ابن سبع عشرة سنة و توفي رسول الله ﷺ و هو على نجران و بقي إلى أن أدرك بيعة معاوية بن أبي سفيان رضي الله تعالى عنه لابنه يزيد و مات بعد ذلك بالمدينة (و الأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعته على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية) قيد المنفعة و الجمال بالكمال احترازا عما ليس بكامل منهما حيث لا يجب كل الدية فيه و إن كان فيه تفويت عضو مقصود كما إذ اقطع لسان الأخرس أو آلة الخصي و العنين و اليد الشلاء و الرجل العرجاء و العين العوراء و السن السوداء لا يجب القصاص في العمد و لا الدية في الخطأ لأنه لم يفوت جنس منفعة و لا فوت جمالا على الكمال و

(١) رواه عبد الرزاقؒ في الزكاة باب الصدقات ص٤ ج٤ و في العقول باب الموضحة ص٣٠٦ ج٩ و باب المأمومة ص٣١٦ ج٩ و باب العين ص٣٢٦ ج٩ و باب الأنف ص٣٣٨ ج٩ و باب الأسنان ص٣٤٤ ج٩.
(٢) أخرجه الدارقطنيؒ في الحدود و الديات ص٢١٠ ج٣. (٣) رواه الدارقطنيؒ في الحدود و الديات ص٢٠٩ ج٣. (٤) رواه البيهقيؒ في الزكاة باب كيف فرض الصدقة ص٨٩ ج٤.

لإتلافه النفس من وجه و هو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي و قيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان و الأنف و على هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال و هو مقصود و كذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا و لو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد

إنما فيه حكومة عدل ذكره في الذخيرة و أما إذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية (لاتلافه النفس من وجه و هو) أي إتلاف النفس من وجه (ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي) و الشرع ألحق الاتلاف من وجه بالاتلاف من كل وجه فان قيل يشكل على قوله أزال جمالا مقصودا على الكمال بما لو سلخ جلد الوجه فإنه لا يجب كمال الدية و قد فوت جمالا مقصودا على الكمال قلنا ذكر شيخ الإسلام في شرحه لا رواية في هذا و لكن مذهبنا وجوب الدية فإن قيل يشكل بما لو قطع الأظفار حيث لا تجب الدية و قد فوت الجمال على الكمال قلت لا رواية في هذا و قد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه (أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان و الأنف) فقسنا غيره عليه (و على هذا) أي على هذا الأصل (ينسحب فروع كثيرة) بين منها بقوله (فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال و هو مقصود) يعني مطلوب في الآدمي سواء قطع المارن دون القصبة أو قطع الأرنبة و لو قطعهما لا يزاد على دية واحدة لأنهما عضو واحد (و كذا إذا قطع المارن أو الأرنبة (١)) أي قطع الأرنبة (لما ذكرنا) و هو قوله لأنه (٢) أزال الجمال على الكمال و قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى في المارن الدية و في القصبة حكومة عدل (و لو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد) و قد ذكرناه و لو قطع (٤) أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف فلا يدخل دية أحدهما في الآخر كالسمع مع

---

(١)الأرنبة طرف الأنف و جمعها الأرانب يقال هم شم الأنوف واردة أرانبهم لسان و تاج. (٢)لأنه أزال الجمال على الكمال و كذا المنفعة لأن المارن لاشتمام الروائح في الأنف لتعلو منه إلى الدماغ و ذلك يفوت بقطع المارن شامي.
(٣)قال الشافعي الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي (ص٥٩٩ ج٩) و في الأنف الدية إذا كان قطع مارنه بغير خلاف بينهم حكاه ابن عبد البر و ابن المنذر رحمهما الله تعالى و إن قطع المارن مع القصبة ففيه الدية في قياس المذهب و هذا مذهب مالك رحمه الله تعالى و يحتمل أن تجب الدية في المارن و حكومة في القصبة و هذا مذهب الشافعي رحمه الله تعالى اه ملخصا. (٤)و لو قطع أنفه الخ. كذا في الشامية عن المعراج و في الهندية: في المنتقى إذا جنى عليه فصار لا يتنفس من أنفه و لكن يتنفس من فيه فعليه حكومة عدل كذا في الذخيرة. و في شرح الطحاوي إذا قطع المارن ثم الأنف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة و إن كان بعد البرء تجب الدية في المارن و حكومة عدل في الباقي كذا في المحيط. و في الأصل إذا كسر أنف انسان ففيه حكومة عدل كذا في الذخيرة.

و كذا اللسان لفوات منفعة مقصودة و هو النطق و كذا فى قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة و إن كانت الآلة قائمة و لو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف و قيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب و قيل إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال و إن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام و كذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء و الإيلاد

الأذن (و كذا (١) اللسان) يعنى فيه الدية بلا خلاف لأحد (لفوات منفعة مقصودة و هو النطق) و التكلم و الآدمى لا يفارق بهيمة إلا بالنطق (و كذا فى قطع بعضه) أى و كذا الدية فى قطع بعض اللسان (إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة و إن كانت الآلة قائمة) كلمة إن وصلية (و لو قدر على التكلم ببعض الحروف) اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه (قيل (٢) يقسم) أى الدية (على عدد الحروف) أى على الحروف الثمانية و العشرين من حروف المعجم و هو قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و قيل (٣) على عدد حروف تتعلق باللسان) و هى الألف و التاء و الثاء و الجيم و الدال و الذال و الراء و الزاى و السين و الشين و الصاد و الضاد و الطاء و الظاء و اللام و النون (٤) قيل كون الألف من ذلك فيه نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف (فبقدر ما لا يقدر يجب) أي فبقدر ما لا يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمن على رضى الله تعالى عنه فأمره أن يقرأ ألف ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك و ما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه (و قيل (٥) إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال و إن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام و كذا الذكر) أى تجب فيه الدية بلا (٦) خلاف (لأنه يفوت به منفعة الوطء و الإيلاد

---

(١)و كذا اللسان الخ. و فى المغنى (ص٦٠٤ ج٩) أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى لسان الناطق و روى ذلك عن أبى بكر و عمر و على و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهم و به قال أهل المدينة و أهل الكوفة و أصحاب الرأى و أصحاب الحديث و غيرهم رحمهم الله تعالى اه. (٢)قيل الخ. و هو الأصح كذا فى الجوهرة عن الإمام خواهر زاده و كذا فى الشامية عن القهستانى عن الكرمانى (تنبيه) و فى الشامية عن المعراج: و لو ذهب بجنايته على الحلق أو الشفة بعض الحروف الحلقية أو الشفوية ينبغى أن يجب بقدره من الثمانية و العشرين و لو بدل حرفا مكان حرف فقال فى الدرهم دلهم فعليه ضمان الحرف لتلفه و ما يبدله لا يقوم مقامه اه. (٣)قيل الخ. و هو الصحيح كذا فى الجوهرة و كذا فى الشامية عن القهستانى عن الكرمانى. (٤) و النون زاد الزيلعى الياء مع حذف الألف فهذه ستة عشر حرفا و عدها فى الجوهرة ثمانية عشر بزيادة الكاف و الياء مع إبقاء الألف و نقل ابن عابدين عن ابن الشحنة أن المصنف أفاد أنه قول النحاة و القراء اه. (٥)قيل الخ. مشى عليه فى الملتقى و الدرر و شرح المجمع و الاختيار و غرر الأفكار و الاصلاح و غيرها كذا فى الشامية. (٦)بلا خلاف كذا فى المغنى ص٦٢٧ ج٩.

و استمساك البول و الرمى به و دفق الماء و الإيلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة و كذا فى الحشفة الدية كاملة لأن الحشفة أصل فى منفعة الإيلاج و الدفق و القصبة كالتابع له. قال و فى العقل إذا ذهب بالضرب الدية

و استمساك البول و الرمى به) أى رمى البول بالذكر (و دفق الماء و الايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة) قيد بالعادة لأنه قد يحصل الاعلاق بالسحق أيضا إلا أنه خلاف العادة فإن البكر لو حملت بالسحق تعسر عليها الولادة فعلم أن قطعه يفوت الايلاد (و كذا فى (١) الحشفة) أى فى قطع الحشفة تجب (الدية كاملة لأن الحشفة أصل فى منفعة الايلاج و الدفق و القصبة كالتابع له) أى للحشفة و التذكير باعتبار المذكور و فى (٢) شرح الكافى و فى (٣) الأنثيين مع الذكر قالوا إذا قطع الكل بدفعة يجب ديتان و لو قطعهما بدفعتين أى قطع الذكر أولاً ثم الأنثيين تجب ديتان أيضا و لو قطع الأنثيين أولاً ثم الذكر تجب فى الأنثيين الدية و فى الذكر حكومة عدل فصار كذكر الخصى و العنين. (قال) أى القدورىّ (و فى (٤) العقل إذا ذهب بالضرب الدية) يعنى إذا ضرب رأسه فذهب

---

(١)و كذا فى الحشفة الخ. و فى الهندية: و إذا قطع الحشفة يجب كمال الدية فان جآء و قطع ما بقى من الذكر فان كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة و يجعل كأنه قطع الذكر مرة واحدة و إن تخلل بينهما برء يجب كمال الدية فى الحشفة و حكومة العدل فى الباقى كذا فى الظهيرية. (٢) و فى شرح الكافى الخ. و كذا فى الهندية عن الذخيرة و فى الهندية أيضا و إن قطع الذكر و الأنثيين من جانب الفخذ معا فعليه ديتان كذا فى فى الذخيرة. و لو قطع إحدى أنثيه فانقطع ماؤه ففيه الدية و لا يعلم ذلك إلا بأن يقر الجانى به كذا فى خزانة المفتين. و فى الأليتين إذا قطعتا خطأً كمال الدية و فى إحداهما نصف الدية كذا فى المحيط. و لو طعن برمح أو غيره فى الدبر فلا يستمسك الطعام جوفه فعليه دية كاملة و كذلك لو ضربه فسلس بوله و لا يستمسك البول ففيه الدية كذا فى فتاوى قاضيخان. و لو قطع فرج إمرأة و صار بحال لا يستمسك البول ففيه الدية كذا فى الخلاصة. و إذا قطع فرج إمرأة و صار بحال لا يستطاع وقاعها ففيه الدية كذا فى خزانة المفتين. و إذا ضربت إمرأة فصارت مستحاضة ينتظر حولا فان برئت و إلا يقضى بالدية و فى مسئلة سلسل البول يجب أن ينتظر حولا أيضا كذا فى المحيط. و إن أفضى إمرأة فلا تستمسك البول ففيها الدية و إن كانت تستمسك فهى جائفة يجب فيها ثلث الدية كذا فى فتاوى قاضى خان. رجل جامع صغيرة لا يجامع مثلها فماتت إن كانت أجنبية تجب الدية على العاقلة و إن كانت منكوحته فالدية على العاقلة و المهر على الزوج كذا فى الخلاصة. (٣)و فى الأنثيين الخ. و به قال احمد رحمه الله تعالى كما فى المغنى ص٦٢٨ ج٩ و روى القاضى الرويانىّ مثله عن مالك رحمه الله تعالى كما فى شرح الوجيز ص٣٨٣ ج١٠.
(٤)و فى العقل الخ و فى الخيرية سئل فى رجل طرح آخر على الأرض و ضربه فصار يصرع فماذا عليه أجاب إن ثبت زوال عقله بما ذكر ففيه دية كاملة و إن زال بعضه فبقدره إن انضبط بزمان أو غيره و إلا فحكومة عدل و للقاضى أن يقدرها باجتهاده و هذا قلته تفقها أخذا من كلامهم و قد صرح بعض العلماء بأن الاصراع ضرب من =>

لفوات منفعة الادراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه و معاده و كذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منها منفعة مقصودة و قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل و الكلام و السمع و البصر.

عقله يجب فيه الدية (لفوات منفعة الادراك إذ به) أى بالعقل (ينتفع بنفسه في معاشه) أى في دنياه (و معاده) أى و في آخرته إذ العقل من أعظم ما يختص به الآدمي يدرك الاشياء و به يمتاز عن البهائم فكان فيه منفعة مقصودة (و كذا) أى تجب الدية (إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منها منفعة مقصودة و قد روى أن عمر رضى الله تعالى عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل و الكلام و السمع و البصر) روى (١) ابن أبي شيبةؒ في مصنفه حدثنا أبو خالد عن عوف قال سمعت شيخا قبل فتنة ابن الأشعث فنعت نعته قالوا ذاك أب المهلب عم أبي قلابة قال رمى رجل رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه و لسانه و عقله و ذكره فلم يقرب النساء فقضى فيه عمر رضى الله تعالى عنه بأربع ديات و رواه (٢) عبدالرزاقؒ في مصنفه و البيهقيؒ في سننه عن سفيان الثورى عن عوف الأعرابى قال لقيت شيخا في زمان الجماجم فسألت عنه فقيل لى ذاك أبو المهلب عم أبي قلابة قال فسمعته يقول رمى رجل رجلا بحجر في رأسه في زمان عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فذهب سمعه و عقله و لسانه و ذكره فقضى فيه عمر رضى الله تعالى عنه أربع ديات و هو حى انتهى و اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل إذا صدقه الجاني أو استحلفه على البتات و نكل ثبت قوامها و قيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى و الانكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل و ينادى فإن أجاب علم أنه يسمع و حكى الناطفيؒ عن أبي حازم القاضيؒ

=> الجنون اه كذا في الشامية. و في الوجيز للغزالي الشافعيؒ: المنافع عشرة و في إبطال كل واحد منها كمال الدية و هى العقل و السمع و البصر و الشم و النطق و الصوت و الذوق و المضغ و قوة الامناء و الاحبال و منفعة المشى و البطش اه ملخصا. و في المغنى: قال الخرقي الحنبليؒ و في ذهاب العقل الدية قال ابن قدامة الحنبليؒ لا نعلم في هذا خلافا و قد روى ذلك عن عمر و زيد رضى الله تعالى عنهما و قال ابن المنذرؒ أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية روى ذلك عن عمر رضى الله تعالى عنه و به قال مجاهد و قتادة و الثورى و الأوزاعى و أهل الشام و أهل العراق و مالك و الشافعى و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و لا اعلم عن غيرهم خلافا لهم و قال الخرقيؒ و في المشام الدية قال ابن قدامةؒ لا نعلم في هذا خلافا اه ملخصا. (١) روى ابن أبي شيبةؒ في الديات (باب) إذا ذهب سمعه و بصره ص١٦٧ ج٩. (٢) رواه عبدالرزاقؒ في العقول باب من أصيب من أطرافه ما يكون فيه ديتان أو ثلاث ص١١ ج١٠ و البيهقيؒ في الديات باب اجتماع الجراحات ص٩٨ ج٨.

قال و في اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال. قال و في شعر الرأس الدية لما قلنا و قال مالك رحمه الله تعالى و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى تجب فيهما حكومة عدل لأن ذلك زيادة في الآدمي و لهذا يحلق شعر الراس كله و اللحية بعضها في بعض البلاد

و القدوري عن اسماعيل بن حماد أن رجلا ضرب على رأس امرأته فزعمت أن سمعها ذهب فاشتغل اسماعيل بالقضاء ثم التفت إليها و هي غافلة فقال استرى عورتك فجعلت تلم ثيابها فعلم أنها سامعة و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في المنتقى لا يعرف ذهاب السمع و القول فيه للجاني و أما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي طريقه يستقبل الشمس مفتوح العين فاندمعت عينه علم أن البصر باق فان لم تدمع علم أن البصر ذاهب و ذكر الطحاوي رحمه الله تعالى أنه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره و قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل ينظر إليه أهل ذلك و إن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى و الانكار و القول للجاني مع يمينه (١) على البتات و طريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة فان اتقى من ذلك علم أنه لم يذهب شمه قاله في شرح الطحاوي و في شرح الكافي يدخل أرش الآمة في دية العقل لأن هذا جناية واحدة في موضع واحد فاذا وجبت في العقل الدية لم يجب في الآمة شيء آخر. (قال) أي القدوري (و في اللحية إذا حلقت (٢) فلم تنبت) أي مكانها أخرى تجب (الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال. قال) أي القدوري (و في شعر الرأس الدية) سواء كان شعر رجل أو إمراة أو كبير أو صغير و يؤجل سنة فان نبت لم تجب الدية و إن مات قبل مضي السنة لا شيء (٣) فيه و به قال الثوري و أحمد رحمهما الله تعالى (لما قلنا) و هو أنه يفوت به منفعة الجمال (و قال مالك رحمه الله تعالى و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى تجب فيهما) أي في اللحية و شعر الرأس (حكومة عدل) إذا حلقا و لم ينبتا (لأن ذلك) أي شعر الرأس و اللحية (زيادة في الآدمي و لهذا يحلق شعر الرأس كله و اللحية بعضها) أي يحلق بعض اللحية (في بعض البلاد) و لو كان جمالا لم يحلقوا و قد يكون عدم اللحية جمالا في بعض الأحوال و أهل الجنة

(١) مع يمينه على البتات أما اليمين فلأن المجني عليه يدعي موجب الجناية و الجاني ينكر و أما على البتات فلأن هذا اليمين على فعل نفسه و هو إذهاب بصر غيره كفاية. (٢) إذا حلقت و كذا لو نتفت شامي عن قهستاني و لحية المرأة لا شيء فيها لأنها نقص كما في الجوهرة. (٣) لا شيء فيه أي عنده و قالا تجب حكومة عدل كفاية و شامية عن معراج.

و صار كشعر الصدر و الساق و لهذا يجب فى شعر العبد نقصان القيمة و لنا أن اللحية فى وقتها جمال و فى حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما فى الأذنين الشاخصين و كذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف فى ستره بخلاف شعر الصدر و الساق لأنه لا يتعلق به جمال و أما لحية العبد فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجب فيها كمال القيمة. و التخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر

كلهم مرد فلو كان ذلك من جملة الجمال الأصلى لكان أهل الجنة أولى به (و صار) أى حكم هذا (كشعر الصدر و الساق) إذ ليس فيه الجمال (و لهذا) أى و لأجل كون شعر الرأس و اللحية زيادة في الآدمي (يجب فى شعر العبد نقصان القيمة) يعنى إذا حلق شعره يجب فيه ما ينقص من قيمته (و لنا أن اللحية في وقتها جمال و فى حلقها تفويته) أى تفويت الجمال (على الكمال فتجب الدية) و روى (١) أن لله تعالى ملائكة يسبحون سبحان من زين الرجال باللحى و النساء بالذوائب و الدليل على أن اللحية جمال أن الرجل إذا بلغ حد الكهولة و الشيخوخة و لم ينبت له لحية يسمح فى الأعين و إنما لا يسمح فى حالة الطراوة و الصغر و أما فى حالة الضمور و الكبر فلا شك أنه يعد شينا و الرأس إذا حلق و لم ينبت يظهر فيه القرع يعد شينا عليه فان القرع عيب في الناس و لهذا يتكلف الأقرع في ستر رأسه كما يتكلف بستر سائر عيوبه (كما فى الأذنين الشاخصين) أى المرتفعين من شخص بالفتح ارتفع فإن فيه تفويت منفعة الجمال مع بقاء السمع و تجب الدية كاملة (و كذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه) أى شعر الرأس (خلقة) أى من حيث الخلقة (يتكلف فى ستره بخلاف شعر الصدر و الساق لأنه لا يتعلق به جمال) و قد ذكرناه الآن (و أما لحية العبد فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجب فيها كمال القيمة) و هى رواية الحسن رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى اعتبارا بالدية فى الحر لفوات الجمال (و التخريج على الظاهر) أى ظاهر الرواية (أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال) فيجب نقصان القيمة (بخلاف الحر) فإن المقصود فيه الجمال و لو حلق بعض اللحية و لم تنبت قيل يجب فيه حكومة عدل و فى شرح الكافى و الصحيح أنه يجب فيه كل الدية لأن هذا فى الشين فوق من لا لحية له أصلا و كان أبو جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى يقول فى اللحية إنما يجب بها كمال الدية إذا كانت لحيته كاملة يتجمل بها و أما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل

(١) روى الخ. قلت رواه العجلونى فى كشف الخفاء ص٥٣٨ ج١ كما فى الموسوعة ص٢٠٦ ج٥.

قال و في الشارب حكومة عدل و هو الأصح لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها و لحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه و لا يزينه و إن كان أكثر من ذلك و كان على الخد و الذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال و إن كان متصلا ففيه كمال الدية لأن ليس بكوسج و فيه معنى الجمال و هذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية و يؤدب

بها فلا شيء فيها و إن كانت غير متفرقة و لا يقع بها جمال كامل و ليست مما يشين ففيها حكومة عدل و لو حلق فنبت أبيض إن كان في أوانه لا يجب شيء و إن كان في غير أوانه اختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى فيه و الصحيح أنه يجب فيه حكومة عدل و قال في شرح الطحاوي ولو حلق رأسه فنبت أبيض و الرجل شاب قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الحر لا يجب شيء و في العبد يجب النقصان و قالا يجب حكومة العدل في الحر و العبد و في الموافقات رجل حلق لحية رجل فان كانت لحية متصلة أو خفيفة أو رقيقة أو كثيفة ففيها الدية إن لم تنبت و إن كان كوسجا فعليه فيها حكومة عدل بعد ما ينتظر سنة فلم تنبت فإن كان عمدا ففي ماله لأن العاقلة لا تعقل العمد و إن كان خطأ فعلى عاقلته كما في قتل الخطأ و العمد (قال) أي المصنف (و في الشارب حكومة عدل) نقله الناطفي في الأجناس (و هو الأصح) احترز به عن قول بعض المشايخ إنه يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة قال المصنف (لأنه) أي لأن (١) الشارب (تابع للحية فصار كبعض أطرافها) أي كبعض أطراف اللحية فاذا حلق بعض أطراف اللحية يجب حكومة عدل فكذا هذا (و لحية الكوسج (٢) إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه و لا يزينه و إن كان أكثر من ذلك و كان على الخد و الذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال و إن كان متصلا ففيه كمال الدية لأنه (٣) ليس بكوسج و فيه معنى الجمال و هذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية و يؤدب)

---

(١) لأن الشارب تابع الخ. قلت و مفاده أنه لو حلق الشارب مع اللحية يدخل في ضمانها لأنه تابع و نقل السائحاني عن المقدسي أنه لا يدخل و في خزانة المفتين يدخل شامية و في جنايات الحسن لا يدخل هندية عن محيط. (٢) الكوسج بالفتح و يضم قاموس معرب و هو الذي لحيته على ذقنه لا على العارضين مغرب. (٣) لأنه ليس بكوسج يعني حقيقة و إن كان في صورة الكوسج و الذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق الكلام أعم من الكوسج الحقيقي و الصوري فلا منافاة بين التعليل و سياق الكلام قاضي زادة.

على ارتكابه ما لا يحل و إن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيده جمالا و في العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته و عندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه و لا يزينه و يستوى العمد و الخطأ على هذا الجمهور و في الحاجبين الدية و في أحدهما نصف الدية و عند مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى تجب حكومة عدل و قد مر الكلام فيه في اللحية. قال و في العينين

أي الحالق (على ارتكابه ما لا يحل و إن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيده جمالا و في العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته و عندهما (١)) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (تجب حكومة عدل) في الحر أيضا (لأنه في غير أوانه يشينه و لا يزينه و يستوى (٢) العمد و الخطأ) يعني في شعر الرأس و اللحية و كذا في شعر الحاجب (على هذا الجمهور) احترز به عن رواية النوادر قاله الاترازيّ و قال الكاكيّ و قال بعض الناس و هم أصحاب الظاهر يجب في شعر الحاجب و اللحية في العمد القصاص قيل صورة حلق شعر الرأس و اللحية خطأ هي أن يظنه مباح الدم فحلق ثم ظهر أنه غير مباح (و في الحاجبين الدية) يعني إذا حلق الحاجبين فلم ينبتا تجب الدية لأنه أزال الجمال على الكمال (و في أحدهما) أي و في حلق أحد الحاجبين (نصف الدية و عند الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى تجب حكومة عدل) في حلق الحاجبين لأنهما لا يوجبان الدية في الشعر و لا يجب القصاص بالاتفاق (و قد مر الكلام فيه في اللحية) أي عند قوله و في اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية. (قال) أي القدوريّ (و في العينين (٣)

(١)و عندهما الخ. و في الخلاصة: كان الفقيه أبو الليثّ يفتي بقولهما اه و في الهندية: روى شمس الأئمة الحلوانيّ عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في هذه المسئلة تقدير حكومة العدل في الحر أن يقوم أبيض اللحية لو كان عبدا و أسود اللحية فيلزمه النقصان الذي بينهما كذا في المحيط. و في أجناس الناطفيّ إذا قطع ضفيرة إمرأته أو إمرأة غيره ينبغي أن لا يجب شيء في الحال و ذكر ابن رستمّ عن محمد رحمه الله تعالى فيمن قطع قرون إمرأة أو حلق شعر رأس جارية و ذلك ينقصها قال لا شيء عليه إلا أنه يؤدب كذا في الظهيرية. (٢)و يستوى العمد و الخطأ يعني كما تجب الدية في حلق الرأس و اللحية خطأ فكذا إذا حلقهما عمدا قيل موجب القصاص موجود إذا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان و أجيب بأن القصاص عقوبة و العقوبة لا تثبت إلا بالنص أو دلالته و لا نص في الشعور و ليست في معنى المنصوص و هو الجروح لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة و الضرب و لا يتوهم فيها السراية كما تتوهم في الجراحات و ليس فيه إماتة ذى الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا عناية و كفاية و تبيين. (٣)و في العينين الدية و في إحداهما نصفها و عليه أجمع أهل العلم كما في المغني ص ٥٨٥ ج٩.

الدية و في اليدين الدية و في الرجلين الدية و في الشفتين الدية و في الأذنين الدية و في الأنثيين الدية كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى عن النبي عليه الصلاة السلام قال و في كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية و فيما كتبه النبي عليه الصلاة و السلام لعمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه و في العينين الدية و في إحداهما نصف الدية و لأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية و في تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية. قال و في ثدى المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة و في إحداهما نصف دية المرأة لما بينا

الدية و في اليدين (١) الدية و في الرجلين (٢) الدية و في الشفتين (٣) الدية و في الأذنين (٤) الدية و في الانثيين (٥) الدية كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى عن النبي ﷺ) هذا غريب. (قال) أي القدوري (و في كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية و فيما كتبه النبي ﷺ لعمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه و في العينين الدية و في إحداهما نصف الدية) تقدم هذا في الفصل المذكور و فيما كتبه النبي ﷺ لعمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه و في العين الواحدة نصف الدية و في اليد الواحدة نصف الدية و في الرجل الواحدة نصف الدية (و لأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية و في تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية. قال) أي القدوري (و في ثدى (٦) المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة و في إحداهما نصف دية المرأة لما بينا) أشار به إلي قوله لأن في تفويت

---

(١) و في اليدين الدية و في إحداهما نصفها و عليه إجماع أهل العلم كما في المغني ص ٦٢٠ ج٩. (٢) و في الرجلين الدية و في إحداهما نصفها و عليه إجماع أهل العلم و روى ذلك عن عمر و على رضي الله تعالى عنهما و به قال قتادة و مالك و أهل المدينة و الثوري و أهل العراق و الشافعي و اسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى كذا في المغني ص ٦٣٠ ج٩. (٣) و في الشفتين الدية و لا خلاف فيه بين أهل العلم و ظاهر مذهب احمد رحمه الله تعالى أن في كل واحدة منها نصف الدية و روى هذا عن أبي بكر و على رضي الله تعالى عنهما و إليه ذهب اكثر الفقهاء و روى عن احمد رحمه الله تعالى رواية أخرى أن في العليا ثلث الدية و في السفلى الثلثين و هذا يروى عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه و به قال سعيد بن المسيب و الزهري رحمهما الله تعالى كذا في المغني ص ٦٠٢ ج٩ ملخصا. (٤) و في الاذنين الدية روى ذلك عن عمر و على رضي الله تعالى عنهما و به قال عطاء و مجاهد و الحسن و قتادة و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و مالك رحمه الله تعالى في إحدى الروايتين عنه و قال في الأخرى فيهما حكومة عدل كذا في المغني ص٥٩٣ ج٩. (٥) و في الأنثيين الدية لا نعلم في هذا خلافا و في احداهما نصف الدية في قول اكثر أهل العلم و حكى عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى أن في اليسرى ثلثي الدية و في اليمنى ثلثها كذا في المغني ص ٦٢٩ ج ٩ ملخصا. (٦) و في ثدى المرأة الخ. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثدى المرأة نصف الدية =>

بخلاف ثدى الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة و الجمال و فى حلمتى المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع و إمساك اللبن و فى إحداهما نصفها لما بيناه. قال و فى أشفار العينين الدية و فى أحدها ربع الدية قال يحتمل أن مراده

الاثنين من هذه الأشياء إلى قوله فيجب نصف الدية (بخلاف (١) ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة و الجمال و فى حلمتى (٢) المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع و إمساك اللبن) و به (٣) قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الثورى و مالك رحمهما الله تعالى إن ذهب اللبن وجبت الدية و إلا تجب حكومة عدل (و فى إحداهما نصفها) أى فى إحدى الحلمتين نصف الدية (لما بيناه) أى عند قوله لأن فى تفويت الاثنين إلى آخره و قال الكرخيّ و إن قطع الحلمة من ثديي المرأة وحدها أو قطع الثدى و فيه الحلمة فيه نصف الدية للحلمة و الثدى سواء كان ذلك بضربة أو ضربتين إذا كان ذلك قبل البرء من الأول. (قال) أى القدوريّ (و فى أشفار العينين الدية) الأشفار جمع الشفر (٤) بالضم و هو منبت الأهداب و هو جمع هدب و هو الشعر الذى على الأجفان (و فى أحدها) أى فى أحد الأشفار (ربع الدية) هذا عند (٥) اكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى (قال) أى المصنفّ (يحتمل أن مراده) أى مراد

=> و فى الثديين الدية و ممن حفظنا ذلك عنه الحسن و الشعبي و الزهرى و مكحول و قتادة و مالك والثورى و الشافعي و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى كذا فى المغنى ص٦٢٣ ج٩. و الثدى يذكر و يؤنث و هو للمرأة و الرجل أيضا و الجمع أثد و ثدى على فعول و ثدى أيضا بكسر الثاء إتباعا لما بعدها من الكسر و إمراة ثدياء عظيمة الثديين و لا يقال رجل أثدى صحاح. (١)بخلاف ثدى الرجل الخ. و فى المغنى (ص٦٢٤ ج٩) فأما ثديا الرجل و هما التندوتان ففيهما الدية و بهذا قال اسحاق رحمه الله تعالى و حكى ذلك قولا للشافعي رحمه الله تعالى و قال النخعي و مالك و أصحاب الرأى و ابن المنذر رحمهم الله تعالى فيهما حكومة عدل و هو ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله تعالى اه. و فى الهندية: و فى ثديي الخنثى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ما فى ثديي المرأة و عندهما نصف ما فى ثديي الرجل و نصف ما فى ثديي المرأة كذا فى السراج الوهاج. (٢)و فى حلمتى المرأة. قال فى القاموس: الحلمة محركة الثؤلول فى وسط الثدى اه. (٣)و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و روى نحو هذا الشعبي و النخعي رحمهما الله تعالى كذا فى المغنى ص٦٢٤ ج٩. (٤)الشفر الخ. كذا فى المغرب و فى التاج: (الشفر بالضم) شفر العين و هو (أصل منبت الشعر فى الجفن) و ليس الشفر من الشعر فى شيء و هو (مذكر) صرح به اللحياني و الجمع أشفار قال سيبويه لا يكسرعلى غير ذلك (و يفتح) لغة عن كراع اه و مثله فى اللسان و فى الصحاح: الأشفار حروف الأجفان التي ينبت عليها الشعر و هو الهدب اه. (٥)هذا عند اكثر أهل العلم منهم الحسن و الشعبي و قتادة و أبو هاشم و الثورى والشافعي و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و عن مالك رحمه الله تعالى فى جفن العين و حجاجها الاجتهاد كذا فى المغنى ص٥٩٢ ج٩ و فيه أيضا و تجب فى أهداب العينين بمفردها الدية و هو الشعر الذى على الأجفان و فى كل واحد منها ربعها و بهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى فيه حكومة.

الأهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل للمجاورة كالراوية للقربة و هي حقيقة في البعير و هذا لأنه يفوت به الجمال على الكمال و جنس المنفعة و هي منفعة دفع الأذى و القذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب و إذا كان الواجب فى الكل كل الدية و هى أربعة كان فى أحدها ربع الدية و فى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها و يحتمل أن يكون مراده منبت الشعر و الحكم فيه هكذا و لو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة

القدوري رحمه الله تعالى من الأشفار (الأهداب (١) مجازا) أى من حيث المجاز (كما ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الأصل) حيث جعل الأشفار اسما للشعور التى تنبت على حروف العين و أطرافها و قد خطأه أهل اللغة فى هذا و قالوا الأشفار منابت الشعور و هى حروف العينين و أطرافها و الشعور التى عليها تسمى أهدابا و دفع المصنف تخطئتهم محمدا رحمه الله تعالى بقوله و يحتمل أن مراده الأهداب مجازا (للمجاورة) من طريق إطلاق اسم المحل على الحال و المجاز سائغ فى كلام العرب لا ينكره إلا من لا معرفة له من العلوم و ذكر المصنف رحمه الله تعالى نظيرا لهذا المجاز بقوله (كالراوية للقربة و هى) أى الراوية (حقيقة فى البعير) لأن البعير الذى يحمل عليه الماء الراوية و كثر ذلك حتى سموا القربة راوية مجازا للمجاورة كما سمى المطر سماء (و هذا) أى هذا الذى ذكرنا من وجوب الدية فى أشفار العينين و فى أحدها ربع الدية (لأنه يفوت به الجمال على الكمال و جنس المنفعة و هى منفعة دفع الأذى و القذى) و هو الذى يقع فى العين (عن العين إذ هو يندفع بالهدب و إذا كان (٢) الواجب فى الكل) أى فى كل الأشفار (كل الدية و هى أربعة كان فى أحدها ربع الدية و فى ثلاثة منها) أى من الأشفار (ثلاثة أرباعها) أى ثلاثة أرباع الدية (و يحتمل أن يكون مراده منبت الشعر) هذا عطف على قوله يحتمل أن مراده الأهداب مجازا أى و يحتمل أن يكون مراد القدورى من الأشفار الحقيقة و هو منبت الشعر (و الحكم فيه هكذا) و الحاصل أن كلام القدورى يحتمل الحقيقة و المجاز جميعا و الحكم فى الكل واحد قال المصنف رحمه الله تعالى (و لو قطع (٣) الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة

(١) الأهداب. و فى اللسان: الهدبة (بالضم فالسكون) و الهدبة (بضمتين) الشعرة النابتة على شفر العين و الجمع هدب (بالضم فالسكون) و هدب (بضمتين) قال سيبويه و لا يكسر لقلة فعلة (بضمتين) فى كلامهم و جمع الهدب و الهدب أهداب و الهدب (بفتحتين) كالهدب (بالضم فالسكون) واحدته هدبة (بفتحتين) اهـ. (٢) و إذا كان الواجب الخ. و يجب فى المرأة مثل نصف ما يجب فى الرجل شامى عن اتقانى. (٣) و لو قطع الجفون الخ. و فى الهندية عن المحيط: و إن كان الجانى على الأهداب واحدا و على الجفون واحدا كان على الذى جنى على الأهداب تمام الدية و على الذى جنى على الجفون حكومة عدل اهـ.

لأن الكل كشيء و احد و صار كالمارن مع القصبة. قال و فى كل اصبع من أصابع اليدين و الرجلين عشر الدية لقوله ﷺ فى كل اصبع عشر من الإبل و لأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة و فيه دية كاملة و هى عشر فتنقسم الدية عليها. قال و الأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث

لأن الكل كشيء واحد و صار كالمارن (١) مع القصبة) أى قصبة الأنف و فى (٢) التحفة إذا قطع الأجفان التى لا أشعار لها تجب حكومة العدل. (قال) أى القدورىؒ (و فى كل اصبع من أصابع اليدين و الرجلين عشر الدية لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (فى كل اصبع عشر من الابل) رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم أبو موسى الأشعرى رضى الله تعالى عنه أخرج (٣) حديثه أبو داودؒ و النسائىؒ عن سعيد بن أبى عروبة عن غالب التمار عن حميد ابن هلال عن مسروق بن اوس عن أبى موسى رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال الأصابع سواء عشر عشر من الابل و منهم ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أخرج حديثه (٤) الترمذىؒ عن يزيد النحوى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ دية أصابع اليدين و الرجلين سواء عشرة من الابل لكل اصبع و قال حديث حسن صحيح غريب و منهم عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه (٥) ابن ماجةؒ عن ابن أبى عروبة عن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال الأصابع كلها سواء فيهن عشر عشر من الإبل (و لأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة و فيه) أى و فى تفويت جنس المنفعة (دية كاملة و هى) أى الأصابع (عشر فتنقسم الدية عليها) أى على الأصابع العشر ففى كل اصبع عشر الدية. (قال) أى القدورىؒ (و الأصابع كلها سواء) أى أصابع اليدين و أصابع الرجلين كلها سواء (لإطلاق الحديث) المذكور و هو (٦) مذهب على و عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهم و لا نعلم (٧) فيه خلافا إلا رواية عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قضى فى الابهام بثلاث عشرة

(١) كالمارن مع القصبة و الموضحة مع الشعر زيلعى و لو قلع العين بأجفانها تجب ديتان دية العين و دية أجفانها لأنهما جنسان* كاليدين و الرجلين شامى عن ط عن جوهرة. (٢) و فى التحفة و كذا فى الهندية عن المحيط. (٣) أخرج حديثه أبو داودؒ فى الديات باب ديات الأعضاء ص٢٧٨ ج٢ و النسائىؒ فى باب عقل الأصابع ص٢٥٠ ج٢. (٤) أخرج حديثه الترمذىؒ فى الديات باب ما جاء فى دية الأصابع ص١٦٧ ج١. (٥) أخرج حديثه ابن ماجةؒ فى الديات باب دية الأصابع ص١٩٥. (٦) و هو مذهب على و عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهم و به قال مسروق و عروة و مكحول و الشعبى و عبدالله بن معقل و الثورى و الأوزاعى و مالك و الشافعى و أبو ثور و أصحاب الرأى و أصحاب الحديث رحمهم الله تعالى كذا فى المغنى ص٦٣١ ج٩. (٧) لا نعلم فيه خلافا الخ. كذا فى المغنى.

و لأنها سواء فى أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال و كذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشى فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا. قال و فى كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع و ما فيها مفصلان ففى أحدهما نصف دية الاصبع و هو نظير انقسام دية اليد على الأصابع. قال و فى كل سن خمس من الإبل لقوله عليه الصلاة و السلام

و فى التى تليها باثنتى عشرة و فى الوسطى بعشر و فى التى تليها بتسع و فى الخنصر بست و روى عنه كقول العامة (و لأنها) أى و لأن الأصابع (سواء فى أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه) أى فى البعض (كاليمين مع الشمال) يعنى هما سواء فى إيجاب الحكم حيث تجب الدية فيهما على السواء و إن كان منفعة اليمين أكثر (و كذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشى فتجب الدية كاملة ثم فيهما) أى فى الرجلين (عشر أصابع فتنقسم الدية عليها) أى على الأصابع العشر (أعشارا) أى عشر عشر فى كل أصبع. (قال) أى القدورىّ (و فى كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففى أحدها ثلث دية الإصبع و ما فيها مفصلان ففى أحدهما نصف دية الاصبع و هو نظير انقسام دية اليد على الاصابع) هذا ليس فيه خلاف إلا ما حكى (١) عن مالك رحمه الله تعالى أنه قال للإبهام أيضا ثلاثة مفاصل أحدهما باطنه و ليس بصحيح لأن الإعتبار بالظاهر لأن الحديث يقتضى وجوب العشر فى الظاهر لا بما بطن منها و أصابع اليدين و الرجلين سواء بلا خلاف. (قال) أى القدورىّ (و فى كل (٢) سن خمس من (٣) الإبل لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ

---

(١)إلا ما حكى عن مالكٌ الخ. كذا فى المغنى ص٦٣٢ج٩. (٢)و فى كل سن الخ. و فى المغنى ص٦١١ج٩: لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أن دية الأسنان خمس خمس فى كل سن و قد روى ذلك عن عمر بن الخطاب و ابن عباس و معاوية رضى الله تعالى عنهم و سعيد بن المسيب و عروة و عطاء و طاوس و الزهرى و قتادة و مالك و الثورى و الشافعى و اسحاق و أبى حنيفة و محمد بن الحسن رحمهم الله تعالى فأما الأضراس و الأنياب فاكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان منهم عروة و طاوس و قتادة و الزهرى و مالك و الثورى و الشافعى و اسحاق و أبوحنيفة و محمد بن الحسن رحمهم الله تعالى و روى ذلك عن ابن عباس و معاوية رضى الله تعالى عنهم اه ملخصا. (٣)خمس من الابل قيمة كل بعير مائة درهم شامى عن اتقانى و دية سن المرأة نصف دية سن الرجل جوهرة. (٣)خمس من الابل يعنى نصف عشر ديته لو حرا و نصف عشر قيمته لو عبدا فان قلت تزيد حينئذ دية الأسنان كلها على دية النفس بثلاثة أخماسها (بناء على الغالب من الأسنان اثنان و ثلاثون) قلت نعم و لا بأس فيه لأنه ثابت بالنص على خلاف القياس كما فى الغاية و غيرها در مختار و ليس فى البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الأسنان عناية و كفاية و هندية عن خزانة المفتين.

في حديث أبي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه و في كل سن خمس من الإبل و الأسنان و الأضراس سواء لإطلاق ما روينا و لما روى في بعض الروايات و الأسنان كلها سواء

(في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه و في كل سن خمس من الإبل) قلت لم أجده في حديث أبي موسى الاشعري رضي الله تعالى و قد تقدم حديث عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه ففيه و في السن خمس من الابل واخرج (١) ابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ أنه قضى في السن خمسا من الإبل (و الأسنان و الأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا) أشار به إلى حديث عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه قال فيه و في السن خمس من الابل (و لما روى في بعض الروايات و الأسنان كلها سواء) هذا رواه (٢) البزار في مسنده من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ قال الثنية و الضرس سواء و الأسنان كلها سواء و هذه و هذه سواء و قال الأترازي قال القدوري و الأسنان و الأضراس كلها سواء و كان من حق الكلام أن يقال و الأسنان كلها سواء بلا ذكر الأضراس أو يقال و الأنياب و الأضراس سواء لأن الضرس دخل تحت السن لأن السن يشمله و العطف يوهم المغايرة بين السن و الضرس انتهى و قال الأكمل قوله و الأسنان و الأضراس كلها سواء قالوا فيه نظر و الصواب أن يقال و الأسنان كلها سواء أو يقال و الأنياب و الأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان و ثلاثون أربع منها ثنايا و هي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق و اثنتان أسفل و مثلها رباعيات و هي ما يلي الثنايا و مثلها أنياب تلي الرباعيات و مثلها ضواحك تلي الأنياب و اثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق و ثلاث أسفل و بعدها سن و هي آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الأسنان و الأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان و بعضها سواء انتهى قلت يمكن منع النظر من حيث أن المغايرة بين الأضراس و الأسنان حاصلة من جهة التسمية لا من حيث العين لأن عين الضرس من الأسنان فمن هذه الحيثية لا تتوهم المغايرة و في الخلاصة لو ضرب سن رجل حتى تحركت و سقطت إن كان خطأ تجب خمسمائة على العاقلة و إن كان عمدا يقتص و في الفتاوى الصغرى إذا قلع سن البالغ لا يستأني لأن النبات بعد البلوغ نادر و لو قلع سن الصبي يستأني

(١) قدم تقدم في صح١٦. (٢) أخرج ابن ماجة في الديات باب دية الأسنان ص١٩٤. (٣) رواه البزار الخ. كذا في نصب الراية ص٣٧٤ ج٤ و رواه أبو داود في الديات باب ديات الأعضاء ص٢٧٩ ج٢ و ابن ماجة في الباب المذكور آنفا.

و لأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدى و الأصابع و هذا إذا كان خطأ فإن كان عمدا ففيه القصاص و قد مر في الجنايات. قال و من ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت و العين إذا ذهب ضوئها لأن المتعلق

حولا لأن النبات ليس بنادر و مع هذا لو قلع سن البالغ ثم نبت لا شيء عليه و في الزيادات في كتاب البيوع إشارة إلى أنه يؤجل في البالغ و في نسخة الإمام السرخسي رحمه الله تعالى يستأنى حولا في الكبير الذى لا يرجى نباته في الكسر و القطع و هكذا في شرح الشافي و هكذا في المنتقى قال و بالأول يفتى أنه لا يؤجل و لو قلع جميع أسنانه فعليه ستة عشر ألفا من الدراهم لأن (١) الأسنان اثنان و ثلاثون فاذا وجب في كل سن نصف عشر الدية و هي خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر ألفا و إذا قلع جميع أسنان الكوسج فعليه أربعة عشر ألفا لأن أسنانه تكون ثمانية و عشرين لما حكى عن امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال إن كنت كوسجا فأنت طالق سئل أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن ذلك فقال تعد أسنانه فان كانت اثنين و ثلاثين فليس بكوسج و إن كانت ثمانية و عشرين فهو كوسج (و لأن كلها) أى كل الأسنان (في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدى و الأصابع) أى كما لا يعتبر التفاوت في الأيدي و الأصابع لأن كلها سواء في جنس المنفعة (و هذا) أى الذى ذكره كله (إذا كان) أى القلع (خطأ فإن كان عمدا ففيه القصاص و قد مر في الجنايات) في باب القصاص فيما دون النفس. (قال) أي القدوري (و من ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه (٢) دية كاملة كاليد إذا شلت و العين إذا ذهب ضوئها بالضرب لأن المتعلق) أى الموضع الذى يتعلق به وجوب

---

(١) لأن الأسنان الخ. اعلم أن غير الكوسج إما له ثلاثون سنا فله دية و نصف و ذلك خمسة عشر ألفا أو له اثنان و ثلاثون فله دية و ثلاثة أخماسها و ذلك ستة عشر ألفا أو له ستة و ثلاثون فله دية و أربعة أخماسها و ذلك ثمانية عشر ألفا كذا في الشامية و فيها أيضا واعلم أن الدية و ثلاثة أخماسها و هي ستة عشر ألفا تجب في ثلاث سنين لكن قال في الجوهرة وغيرها أنه يجب في السنة الأولى ثلثا دية ثلث من الدية الكاملة و ثلث من ثلاثة أخماسها و في السنة الثانية ثلث الدية و ما بقي من الثلاثة الأخماس و في السنة الثالثة ثلث الدية و هو ما بقي من الدية الكاملة اه و ذلك لأن الدية في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها و يجب ثلاثة أخماسها و هي ستة آلاف في سنتين في الأولى منها ثلث الدية و الباقي في السنة الثانية اتقاني عن شرح الطحاوى قلت و عليه ففي السنة الأولى ستة آلاف و ستمائة و ستة و ستون و ثلثان و في الثانية ستة آلاف و في الثالثة ثلاثة آلاف و ثلاثمائة و ثلاثة و ثلاثون و ثلث لكن في المجتبى و التاترخانية و غيرهما عن المحيط أنه في السنة الثانية ستة آلاف و ثلاثمائة و ثلاثة و ثلاثون و ثلث و في السنة الثالثة ثلاثة آلاف اه و مثله في المنح و الظاهر أنهما روايتان تأمل. (٢)ففيه دية كاملة أى دية ذلك العضو رملي فان في اليد أو العين لا تجب دية النفس لأن دية النفس تجب في عشرة أشياء و هي كما في المنح عن المجتبى العقل و شعر الرأس و الأنف و اللسان و اللحية و الصلب إذا كسره و إذا انقطع ماؤه و إذا سلس بوله و الدبر إذا طعنه فلا يمسك الطعام و الذكر اه و تمامه فيها كذا في الشامية.

تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة و من ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة و كذا لو أحدبه لأنه فوت جمالا على الكمال و هو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر.

فصل فى الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة و هي التي تحرص الجلد أي تخدشه

كل الدية (تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة) لأن الصورة قائمة فإن قيل ذكر فى المبسوط أن فى قطع اليد الشلاء و فقأ العين العوراء حكومة عدل وذكر هنا أن فى إذهاب منفعة اليدين مع إبقاء الصورة كمال الدية فعلم أن الصورة و المعنى كل واحد متعين يوجب شيئا يحق له فينبغى أن يجب بقطع اليدين الصحيحتين الدية مع الحكومة فالدية لإزالة المنفعة و الحكومة لإزالة الصورة قلنا نعم كذلك إلا أنه دخل الأقل فى الأكثر كما لو شج فذهب العقل دخل أرش الموضحة فى الدية (و من ضرب صلب (١) غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة) و هو النسل (و كذا) أى تجب الدية (لو أحدبه) أى ضرب ظهره فحدب من ذلك (لأنه فوت جمالا على الكمال و هو استواء (٢) القامة و لو زالت الحدوبة لا شيء (٣) عليه لزوالها لا عن أثر) و لو بقى أثر الضربة بعد زوال الحدبة يلزم (٤) حكومة عدل لأنه ما زال به النفع الذى يجب به كل الدية.

(فصل فى الشجاج)

أى هذا فصل فى بيان أحكام الشجاج و هو جمع شجة و لما كان الشجاج نوعا من أنواع ما دون النفس و تكاثرت مسائله ذكره فى فصل على حدة. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (الشجاج عشرة) أى عشرة أنواع وجه إنحصارها فى العشرة يظهر بحسب تعاقب آثارها (الحارصة) بالحاء و الصاد المهملتين و منه قولهم حرص (٥) القصار الثوب إذا خرقه فى الدق أى الشجة الأولى هي التي تسمي بالحارصة (و هي التي تحرص الجلد أى تخدشه (٦)) من الخدش بالخاء و الشين

(١)و من ضرب صلب غيره الخ. و فى المغنى للحنابلة (ص٦٢٦ ج٩) و فى الصلب الدية إذا كسر فلم ينجبر لما روى فى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه و فى الصلب الدية (أخرجه النسائى فى القود ص٢٥١ ج٢) و (روى البيهقى فى الديات باب ما جآء فى كسر الصلب ص٩٥ ج٨) عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى أنه قال إن السنة مضت فى العقل بأن فى الصلب الدية و هذا ينصرف إلى سنة النبى ﷺ و ممن قال بذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه و عطاء و الحسن و الزهرى و مالك رحمهم الله تعالى و قال القاضى و أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى ليس فى كسر الصلب دية إلا أن يذهب مشيه أو جماعه فتجب الدية اه. (٢)و هو استواء القامة و قيل فى تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم أى منتصب القامة و هى تزول بالحدوبة عناية و تبيين. (٣)لا شيء عليه و قالا عليه أجرة الطبيب هندية عن خزانة المفتين. (٤)يلزم حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها زيلعي. (٥)حرص القصار الخ. كذا فى المغرب. (٦)تخدشه من باب ضرب مختار =>

و لا تخرج الدم و الدامعة و هى التى تظهر الدم و لا تسيله كالدمع فى العين و الدامية و هى التى تسيل الدم و الباضعة و هى التى تبضع الجلد أى تقطعه و المتلاحمة و هى التى تأخذ فى اللحم و السمحاق و هى التى تصل إلى السمحاق و هى جلدة رقيقة بين اللحم و عظم الرأس و الموضحة و هى التى توضح العظم أى تبينه

المعجمتين و هو قطع الجلد (و لا تخرج الدم) أى الحارصة لا تخرج الدم (و الدامعة) أى الثانية من الشجاج هى التى تسمى بالدامعة (و هى التى تظهر الدم و لا تسيله) بضم التاء من الاسالة أى لا تسيل الدم (كالدمع فى العين) يظهر و لا يسيل (و الدامية) أى الشجة الثالثة الدامية من دمى يدمى دما و دميا و أصل دم دمو بالتحريك و قال سيبويهٌ دمى بالتسكين و قال المبردٌ بالتحريك و قال الجوهرىٌ يقال دمى الشىء يدمى دمى و دميا فهو دم مثل فرق يفرق فرقا فهو فرق قلت لم يقل فهو دام فدل على أن الفاعل منه لا يجىء إلا على وزن الصفة المشبهة و على ما ذكره الفقهاء يكون دام و أصله دامى فاعل إعلال ماض و للتأنيث يقال دامية (و هى التى تسيل الدم) بضم التاء من الاسالة (و الباضعة) أى الشجة الرابعة هى التى تسمى بالباضعة (و هى التى تبضع الجلد أى تقطعه) من البضع و هو الشق و القطع و فى المغرب الباضعة هى التى جرحت الجلد و شقت اللحم (و المتلاحمة) أى الشجة الخامسة هى التي تسمى بالمتلاحمة (و هى التى تأخذ فى اللحم) و فى المغرب المتلاحمة من الشجاج التى تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أى تتلاءم و تتلاصق قال الأزهرى الوجه أن يقال اللاحمة أى القاطعة للحم و إنما سميت بذلك على ما تؤول إليه أو على التفاؤل و عن محمد رحمه الله تعالى هى قبل الباضعة و هى التى يتلاحم فيها الدم و يسود أو يحمر و لا تبضع اللحم (و السمحاق (١)) أى الشجة السادسة هى التى تسمى بالسمحاق (و هى التى تصل إلى السمحاق و هى جلدة رقيقة بين اللحم و عظم الرأس) و فى المغرب السمحاق جلدة رقيقة فوق قحف الرأس إذا انتهت إليها الشجة سميت سمحاقا و منه قيل للعظم الرقيق سماحيق (و الموضحة (٢)) أى الشجة السابعة هى التى تسمى بالموضحة (و هى التى توضح العظم أى تبينه) و فى المغرب يقال أوضحت الشجة فى رأسه و أوضح فلان فى رأس فلان إذا شج هذه الشجة و أما قول أبى يوسف رحمه الله تعالى شجه فأوضحه فلم أجده إلا

=>الحارصة هى التى تخدش البشرة و لا يخرج منها شىء و تسمى خادِشة قاضيخان. (١)السمحاق كقرطاس قاموس ذكره الجوهرىٌ فى سحق على أن الميم زائدة تاج. (٢)الموضحة بفتح الضاد المعجمة قهستانى و ظاهر كلام صاحب الدر و غيره أنها بالكسر شامي.

و الهاشمة و هى التى تكسر العظم و المنقلة و هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله و الآمة و هى التى تصل إلى أم الرأس و هو الذى فيه الدماغ. قال ففى الموضحة القصاص إن كانت عمدا لما روى أنه عليه الصلاة و السلام قضى بالقصاص فى الموضحة و لأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص. قال

فى رسالته (و الهاشمة) من الهشم و هو كسر الشىء الرخو من باب ضرب أى الشجة الثامنة هى التى تسمى بالهاشمة (و هى التى تكسر العظم و المنقلة (١)) أى الشجة التاسعة هى التى تسمى بالمنقلة (و هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله) من موضع إلى موضع آخر (و الآمة) بالمد و تشديد الميم و هى الشجة العاشرة (و هى التى تصل إلى أم الرأس و هو الذى فيه الدماغ (٢)) و فى المغرب و إنما قيل للشجة آمة و مأمومة على معنى ذات أم كعيشة راضية و جمعهما أوام و مأمومات و قال القدورىؒ فى شرحه ثم الدامغة بالغين المعجمة و هى التى تجرح الجلد و تصل إلى الدماغ فهذه إحدى عشرة شجة و لم يذكر محمد رحمه الله تعالى منها الحارصة و لا الدامية لأنهما لا يبقى لهما أثر فى الغالب و الشجة التى لا أثر لها فى الغالب لا حكم لها و لم يذكر الدامغة لأن (٣) الإنسان لا يعيش معها فلا معنى لإثبات حكم الشجاج فيها و ما سوى ذلك فالحكم فيه مختلف على ما يجىء إن شاء الله تعالى. (قال) أى القدورىؒ (ففى (٤) الموضحة القصاص إن كانت عمدا لما روى أنه عليه الصلاة و السلام) أى أن النبى ﷺ (قضى بالقصاص فى الموضحة) هذا حديث غريب و أخرج (٥) البيهقىؒ عن طاوس رحمه الله تعالى ذكر النبى ﷺ أنه قال لا طلاق قبل ملك و لا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات و هو مرسل و أخرج (٦) عبدالرزاقؒ فى مصنفه عن الحسن و عمر بن عبدالعزيز رحمهما الله تعالى أن النبى ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشىء (و لأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص) لأن عند المساواة تتحق المماثلة فيتحقق الاستيفاء. (قال) أى القدورىؒ

---

(١)المنقلة بتشديد القاف مفتوحة أو مكسورة شامية عن شرح وهبانية. (٢)الدماغ ككتاب مخ الرأس قاموس. (٣)لأن الانسان لا يعيش معها فان عاش ففيها ثلث الدية شامية عن غرر الأفكار. (٤)ففى الموضحة الخ. قال ابن قدامة الحنبلىؒ فى المغنى ص٤١١ ج٩: و لا نعلم فى جواز القصاص فى الموضحة خلافا و هى كل جرح ينتهي إلى العظم فى الرأس و الوجه اه. و فى الهندية عن محيط السرخسىؒ: رجل أصلع ذهب شعره من كبر فشجه موضحة انسان متعمدا قال محمد رحمه الله تعالى لا يقتص و عليه الأرش و إن قال الشاج رضيت أن يقتص منى ليس له ذلك و إن كان الشاج أيضا أصلع فعليه القصاص اه. (٥)أخرج البيهقىؒ فى الجنايات باب ما لا قصاص فيه ص٦٥ ج٨. (٦) أخرج عبدالرزاقؒ فى العقول باب الموضحة ص٣٠٦ و ص٣٠٧ ج٩.

و لا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكين إليه و لأن فيما فوق الموضحة كسر العظم و لا قصاص فيه و هذه (١) رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل و هو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم و لا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص. قال و فيما دون الموضحة حكومة العدل لأنه ليس فيها أرش مقدر و لا يمكن إهداره فوجب إعتباره بحكم العدل و هو مأثور عن النخعي و عمر بن عبد العزيز رحمهما الله تعالى.

(و لا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها) أي في بقية الشجاج (لأنه لا حد ينتهي السكين إليه) أي إلى ذلك الحد فلا يوجد المساواة (و لأن فيما فوق (١) الموضحة كسر العظم و لا قصاص فيه) أي في العظم (و هذا) أي المذكور (رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى) رواها الحسن رحمه الله تعالى عنه و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى (و قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل) أي المبسوط (و هو ظاهر الرواية أنه يجب القصاص فيما قبل (٢) الموضحة) أي دون الموضحة في الأثر كالسمحاق و نحوه و في الكافي هذا هو (٣) الصحيح لظاهر قوله تعالى ﴿و الجروح قصاص﴾ و يمكن اعتبار المساواة كما ذكره في المتن و هو قول مالك رحمه الله تعالى (لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه) أي فيما قبل الموضحة (إذ ليس فيه كسر العظم و لا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار) يقال سبرت الجرح أسبره إذا نظرت ما غوره و المسبار بكسر الميم ما يسبر به الجرح و السبار مثله و كل أمر رزته فقد سبرته و استبرته كذا في الصحاح قوله رزته بالراء ثم بالزاي قال الجوهري رزته أروزه روزا أي جربته و خبرته (ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها) أي بتلك الحديدة (مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص. قال) أي القدوري (و فيما دون الموضحة) أي من حيث الأثر و قبل الموضحة من حيث الذكر و هي من الحارصة إلى السمحاق (حكومة العدل لأنه ليس فيها أرش مقدر و لا يمكن إهداره فوجب اعتباره بحكم العدل و هو مأثور عن ابراهيم النخعي و عمر بن عبد العزيز رحمهما الله تعالى) أما أثر ابراهيم النخعي

---

(١)هذه.ن.هذا. (٢)فيما فوق الموضحة أي فيما هو أكثر شجة من الموضحة و هو ما ذكره بعد الموضحة و هو ثلاثة الهاشمة و المنقلة و الآمة كفاية. (٣)فيما قبل الموضحة أي قبل الموضحة ذكرا و دون الموضحة أثرا و شجا و هو ستة من الحارصة إلى السمحاق كفاية. (٤)هذا هو الصحيح و في التبيين و هو الأصح و كذا في الدر عن درر و مجتبى و ابن الكمال و غيرها و به أخذ عامة المشايخ رحمهم الله تعالى هندية عن محيط و شامية عن تاترخانية.

قال و فى الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية و فى الهاشمة عشر الدية و فى المنقلة عشر الدية و نصف عشر الدية و فى الآمة ثلث الدية و فى الجائفة ثلث الدية فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه أن النبى عليه الصلاة و السلام قال و فى الموضحة خمس من الابل و فى الهاشمة عشر و فى المنقلة خمسة عشر و في الآمة و يروى المامومة ثلث الدية و قال عليه الصلاة و السلام

رحمه الله تعالى فرواه (١) عبدالرزاق فى مصنفه أخبرنا سفيان الثورى عن حماد عن ابراهيم رحمه الله تعالى قال فيما دون الموضحة حكومة و رواه (٢) ابن أبى شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به و أما أثر عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى فغريب. (قال) أى القدورى (و فى (٣) الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية و فى (٤) الهاشمة عشر الدية و فى (٥) المنقلة عشر الدية و نصف عشر الدية و فى (٦) الآمة ثلث الدية و فى (٧) الجائفة ثلث الدية فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قال و فى الموضحة خمس من الإبل و فى الهاشمة عشر و فى المنقلة خمسة عشر و فى الآمة و يروى المأمومة ثلث الدية) قد تقدم (٨) هذا فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه (و قال عليه الصلاة و السلام)

(١)فرواه عبدالرزاق فى العقول باب الموضحة ص٣٠٧ ج٩. (٢)رواه ابن أبى شيبة فى الديات (باب) فيما دون الموضحة ص١٤٩ ج٩. (٣)و فى الموضحة الخ. قال الموفق فى المغنى (ص٦٤٠ ج٩) فى الموضحة خمس من الابل و لا يجب المقدر فى أقل منها و أجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر قاله ابن المنذر اه ملخصا. (٤)و فى الهاشمة الخ. قال الموفق فى المغنى (ص٦٤٤ ج٩) لم يبلغنا عن النبى ﷺ فى الهاشمة تقدير و أكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدر بعشر من الابل روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه و به قال قتادة و الشافعى و العنبرى و نحوه قال الثورى و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و كان الحسن رحمه الله تعالى لا يوقت فيها شيئا و حكى عن مالك رحمه الله تعالى أنه قال لا أعرف الهاشمة لكن فى الايضاح خمس و فى الهشم حكومة اه ملخصا. (٥)و فى المنقلة الخ. و فى المغنى (ص٦٤٦ج٩) و فى المنقلة خمس عشرة من الابل باجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر اه. (٦)و فى الآمة الخ. و فى المغنى (ص٦٤٦ ج٩) المأمومة و الآمة شيء واحد قال ابن عبدالبر أهل العراق يقولون لها الآمة و أهل الحجاز المأمومة و أرشها ثلث الدية فى قول عامة أهل العلم إلا مكحولا رحمه الله تعالى فانه قال إن كانت عمدا ففيها ثلثا الدية و إن كانت خطأ ففيها ثلثها اه ملخصا. (٧)و فى الجائفة الخ. و فى المغنى (ص٦٤٧ ج٩) و فى الجائفة ثلث الدية و هذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة و أهل الكوفة و أهل الحديث و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى إلا مكحولا رحمه الله تعالى قال فيها فى العمد ثلثا الدية اه. (٨)قد تقدم هذا فى ص١٩ ج١٦ و ليس فيه ذكر الهاشمة لكن روى عبدالرزاق فى العقول باب الموضحة ص٣٠٧ ج٩ عن محمد بن راشد عن مكحول عن قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه قال فى الدامية بعير و فى الباضعة بعيران و فى المتلاحمة ثلاث من الابل و فى السمحاق أربع و فى الموضحة خمس و فى الهاشمة عشر و فى المنقولة خمس عشرة و فى المأمومة ثلث الدية الحديث و هذا موقوف.

و في الجائفة ثلث الدية و عن أبي بكر رضي الله تعالى عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية و لأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن و الأخرى من جانب الظهر و في كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية و عن محمد رحمه الله تعالى أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة و قال هي التي يتلاحم فيها الدم و يسود و ما ذكرناه بدأ

أي قال النبي ﷺ (في الجائفة ثلث الدية) هذا أيضا تقدم في حديث عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه و روى (١) ابن أبي شيبةؒ في مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن محمد بن اسحاق عن مكحول و عن أشعث عن الزهري أن النبي ﷺ قضى في الجائفة بثلث الدية (و عن أبي بكر رضي الله تعالى أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية) رواه (٢) عبدالرزاقؒ في مصنفه أخبرنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم قال سمعت ابن المسيب يقول قضى أبو بكر رضي الله تعالى عنه في الجائفة إذا نفذت في الجوف من كل الشقين بثلثي الدية و رواه (٣) أيضا عن محمد بن عبدالرحمن عن عمرو بن شعيب عن ابن المسيب أن أبا بكر رضي الله تعالى عنه قضى في الجائفة التي نفذت بثلثي الدية و قال هما جائفتان قال سفيان لا أرى و لا تكون الجائفة إلا في الجوف (و لأنها) أي و لأن الجائفة (إذا نفذت نزلت منزلة الجائفتين إحداهما من جانب البطن و الأخرى من جانب الظهر و في كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية) و به (٤) قال الشافعي و مالك و أحمد و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و قال ابن عبد البرؒ لا أعلمهم يختلفون في ذلك و حكى عن بعض أصحاب الشافعيؒ و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رواية أنه جائفة واحدة (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة) أي في الذكر (و قال) أي محمد رحمه الله تعالى (هي التي يتلاحم فيها الدم و يسود) و قال تاج الشريعةؒ و ليس معناه أنها قبل الباضعة من حيث أن تحته دونه بل من حيث أن المتلاحمة عند محمد رحمه الله تعالى ما يظهر اللحم و لا يقطعه من قولهم إلتحم الساقان إذا اتصل أحدهما بالآخر و الباضعة بعدها لأنها تقطع اللحم و في ظاهر الرواية المتلاحمة ما يعمل في قطع أكثر اللحم و الباضعة تقطع بعض اللحم (و ما ذكرناه بدأ) أي أولاً قال الجوهريؒ البدء (٥) و البدىء أيضا الأول و منه

(١)روى ابن أبي شيبةؒ في الديات (باب) الجائفة كم فيها ص ٢١٠ ج٩. (٢)رواه عبدالرزاقؒ في العقول باب الجائفة ص ٣٧٠ ج٩. (٣)رواه أي عبدالرزاقؒ في الباب المذكور آنفا ص٣٦٩ ج٩. (٤)و به قال الشافعيؒ الخ. كذا في المغني ص ٦٥٠ ج٩. و فيه أيضا و هو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء و مجاهد و قتادة رحمهم الله تعالى.
(٥)البدء بالفتح فالسكون.

مروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى و هذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى و حكم و بعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة و هى التى تصل إلى الدماغ و إنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه و الرأس لغة و ما كان فى غير الوجه و الرأس يسمى جراحة و الحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحققت

قولهم أفعله بادى بدء على وزن فعل (١) و بادى بدىء على وزن فعيل أى أول شيء (مروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى) و هو ظاهر الرواية (و هذا) أى المذكور من رواية أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى و حكم) أى الذى روى عن محمد رحمه الله تعالى أن المتلاحمة قبل الباضعة و الذى روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن الباضعة قبل المتلاحمة اختلاف فى الإسم لا فى المعنى و الحكم لأن محمدا رحمه الله تعالى لا يمنع أن تكون الشجة التى ذهبت فيه اللحم أرشها و كذلك أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يمنع أن تكون الشجة التى قبل الباضعة أقل منها أرشا و إنما الخلاف فى الإسم قال محمد رحمه الله تعالى المتلاحمة مأخوذة من الالتحام و هو الإجتماع يقال التحم الساقان إذا اجتمعا و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إنها مأخوذة من الذهاب فى اللحم كذا ذكره القدورى فى شرحه (و بعد هذا) أى بعد ذكر الآمة التى هى عاشرة الشجاج (شجة أخرى تسمى الدامغة) بالغين المعجمة (و هى التى تصل إلى الدماغ و إنما لم يذكرها) يعنى محمد رحمه الله تعالى (لأنها تقع قتلا فى الغالب لا جناياة مقتصرة مفردة بحكم على حدة) و قد مر بيان هذا عن قريب و لما ذكر قبل هذا حكم الشجاج شرع بذكر مواضع الشجاج فقال (ثم هذه الشجاج تختص بالوجه و الرأس لغة) أى من حيث اللغة و به قالت الأئمة الثلاثة و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و على ما ذكر فى الايضاح تختص (١) بالجبهة و الوجنتين و الذقن أيضا و قال أبو الليث يثبت حكم هذه الشجاج فى كل البدن (و ما كان فى غير الوجه و الرأس يسمى جراحة و الحكم مرتب على الحقيقة) أى حكم الشجاج يثبت فى الوجه و الرأس على ما هو حقيقة اللغة (فى الصحيح) احترز به عن قول أبى الليث ثم أوضح ذلك بقوله (حتى لو تحققت) و قال تاج الشريعة حتى لو تحققت الموضحة و الهاشمة و المنقلة

(١) فعل بالفتح فالسكون. (١) تختص بالجبهة الخ. أقول ليس لهذا الكلام وجه إذ لا شك أن كلا من الجبهة و الوجنتين و الذقن داخل فى الوجه لأنهم صرحوا فى أول كتاب الطهارة بأن حد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن و إلى شحمتى الأذن لأن المواجهة تقع بهذه الجملة و هو مشتق منها نتائج الأفكار.

في غيرهما نحو الساق و اليد لا يكون لها أرش مقدر و إنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف و هو إنما ورد فيما يختص بهما و لأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة و الشين يختص بما يظهر منها في الغالب و هو العضوان هذان لا سواهما و أما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه و هو قول مالك رحمه الله تعالى حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر و هذا لأن الوجه مشتق من المواجهة و لا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة و قد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا و قالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن

(في غيرهما) أي في غير الرأس و الوجه (نحو الساق و اليد لا يكون لها أرش مقدر و إنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف) أي لأن تقدير الأرش يكون بالسماع (و هو) أي التوقيف (إنما ورد فيما يختص بهما) أي بالوجه و الرأس (و لأنه إنما ورد الحكم فيها) أي في الشجاج (لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة و الشين يختص بما يظهر منها) أي من الأعضاء (في الغالب و هو العضوان هذان) أي الوجه و الرأس (لا سواهما) لأن ما سواهما يغطى في العادة فلا يلحقه الشين كما يلحق في الوجه و الرأس (و أما اللحيان) بفتح اللام تثنية اللحى (١) و هو الذي عليه اللحية (فقد قيل ليسا من الوجه و هو قول مالك رحمه الله تعالى) و قال صاحب الذخيرة و الذقن من الوجه بلا خلاف و العظم الذي تحت الذقن و هو اللحيان فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت الشجاج الثلاثة الموضحة و الهاشمة و المنقلة في اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا خلافا لمالك رحمه الله تعالى و هو معنى قوله (حتى لو وجد فيهما) أي في اللحيين (ما فيه أرش مقدر) و هو الشجاج الثلاثة المذكورة (لا يجب المقدر و هذا) أي عدم الأرش المقدر فيهما (لأن الوجه مشتق من المواجهة و لا مواجهة للناظر فيهما) أي في اللحيين (إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به) أي لاتصال اللحيين بالوجه (من غير فاصلة و قد يتحقق فيه) أي في اللحى (معنى المواجهة أيضا) فيكون من الوجه حقيقة قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة و أجيب (٢) بأنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع و لا إجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة (و قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى (الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن)

---

(١) اللحى (بالفتح فالسكون) منبت اللحية و هما لحيان قاموس قال الليث و هما العظمان اللذان فيهما الأسنان من كل ذي لحى تاج اللحى العظم على الأسنان و منه رماه بلحى جمل مغرب. (٢) أجيب الخ. أقول في الجواب إشكال لأن اللحيين إذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون =>

و تفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى رحمه الله تعالى أن يقوم مملوكا بدون هذا الأثر و يقوم و به هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية و إن كان ربع عشر فربع عشر و قال الكرخى رحمه الله تعالى ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه.

و فى الأجناس الجائفة فيها ثلث الدية إن كان (١) عمدا ففى ماله و إن كان خطأ فعلى عاقلته و الجائفة تكون ما بين اللبة و العانة و لا يكون فوق الذقن و لا يكون تحت العانة بين الفخذين و الرجلين و قال الكرخىؒ فى مختصره و لا تكون الجائفة فى الرقبة و لا فى الحلق و لا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر و الظهر و البطن و الجنبين و كل ما وصل إلى الفم ففيه حكومة عدل و ليس بجائفة و لا يكون فى اليدين و لا فى الرجلين ثم فى الشجاج كلها إذا برأت و لم يبق لها أثر بعد البرء لا يجب (٢) شيء فى العمد و الخطأ و لا رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال يجب مقدار أجر الطبيب و أما إذا بقى لها أثر بعد البرء فى الخطأ فى الموضحة و ما فوقها أروش مقدرة و قبلها حكومة عدل أما فى العمد فلا يجب القصاص إلا فى الموضحة و فيما قبلها حكومة عدل و فيما فوقها الأروش كذا فى شرح الطحاوىؒ (و تفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى رحمه الله تعالى أن يقوم مملوكا بدون هذا الأثر و يقوم و به هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية و إن كان ربع عشر فربع عشر و قال الكرخى رحمه الله تعال ينظر كم مقدار هذه الشجة من (٣) الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فإن كان مقدارها ثلث الموضحة

=>ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع و قد تقرر فى أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب و لا السنة نتائج الأفكار. (١)إن كان عمدا الخ. قال الاتقانىؒ ينبغى لك أن تعرف أن ما كان أرشه نصف عشر الدية إلى ثلثها فى الرجل و المرأة فى الخطا فهو على العاقلة فى سنة لأن عمر رضى الله تعالى عنه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين فكل ما وجب به ثلثها فهو فى سنة و إن زاد فالزيادة فى سنة أخرى لأن الزيادة على الثلث من جملة ما يلزم العاقلة فى السنة الثانية و كذلك إن انفردت و ما زاد على الثلثين فالثلثان إلى سنتين و الزائد فى الثالثة و ما كان دون نصف عشر الدية أو كان عمدا فهو فى مال الجانى اه ملخصا شامى. (٢)لا يجب شيء أى عندهما و عند محمد رحمه الله تعالى يلزمه قدر ما أنفق إلى أن يبرأ و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى حكومة العدل فى الألم شامى عن قهستانى. (٣)من الموضحة. خصها لأنها أقل الشجاج الأربعة التى لها أرش مقدر و هى المرادة من قول المحيط من أقل شجة لها أرش مقدر فافهم شامى.

فصل

و فى أصابع اليد نصف الدية لأن فى كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان فى الخمس نصف الدية و لأن فى قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش و هو الموجب على ما مر فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية لقوله عليه الصلاة و السلام و فى اليدين الدية و فى إحداهما نصف الدية و لأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها و إن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع و الكف

يجب ثلث أرش الموضحة و إن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة و إن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة قال شيخ الإسلامؒ هذا هو الأصح و فى فتاوى قاضي خان و على قول (١) الطحاويؒ الفتوى و به أخذ الحلوانيؒ و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى قال ابن المنذرؒ و هو قول كل من يحفظ عنه العلم.

(فصل)

أى هذا فصل فى بيان مسائل الجراح التى فيما دون النفس فيما دون الرأس (و فى أصابع اليد نصف الدية) هذا قول القدوريؒ فى مختصره(لأن فى كل اصبع عشر الدية لما روينا) و فى بعض النسخ على ما روينا فى فصل فى الشجاج فى حديث عمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه فى كل اصبع عشر من الإبل فإذا وجب فى كل اصبع عشر من الإبل و هو عشر الدية يكون فى أصابع اليد الواحدة إذا قطعت خطأ نصف الدية لأن فيها خمس أصابع (فكان في الخمس) أى فى خمس الأصابع (نصف الدية و لأن فى قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش و هو الموجب على (٢) ما مر) أى فى فصل فيما دون النفس (فإن قطعها) أى الأصابع (مع الكف ففيه أيضا نصف الدية لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (و فى اليدين الدية) تقدم (٣) من ذلك ما فيه الكفاية (و فى إحداهما) أى فى إحدى اليدين (نصف الدية) هو أيضا لفظ الحديث (و لأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها) أى بالأصابع (و إن قطعها) أى الأصابع (مع نصف الساعد ففي الأصابع و الكف

---

(١) و على قول الطحاويؒ الفتوى الخ. و فى الدر المختار: به يفتي (أى بقول الطحاويؒ يفتي) كما فى الوقاية و النقاية و الملتقى و الدرر و الخانية و غيرها و جزم به فى المجمع و فى الخلاصة إنما يستقيم قول الكرخيؒ لو الجناية فى وجه و رأس فحينئذ يفتي به و لو فى غيرهما أو تعسر (أى ما اعتبره الكرخيؒ) على المفتى يفتى بقول الطحاويؒ مطلقا (أى فى الوجه و الرأس أو غيرهما) لأنه أيسر انتهى و نحوه فى الجوهرة بزيادة و قيل تفسير الحكومة هو ما يحتاج إليه من النفقة و أجرة الطبيب و الأدوية إلى أن يبرأ اهـ. (٢)على ما مر و هو قوله و لأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ عناية و كفاية. (٣)تقدم فى ص ٢٠ ج١٦.

نصف الدية و فى الزيادة حكومة عدل و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و عنه أن ما زاد على أصابع اليد و الرجل فهو تبع إلي المنكب و إلى الفخذ لأن الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية و اليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع و لهما أن اليد آلة باطشة و البطش يتعلق بالكف و الأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين و لأنه لا وجه إلى أن يكون تبعا للأصابع لأن بينهما عضوا كاملا و لا إلى أن يكون تبعا للكف لأنه تابع و لا تبع للتبع. قال و إن قطع الكف من المفصل و فيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية و إن كان اصبعان فالخمس و لا شيء في الكف و هذا

نصف الدية و فى الزيادة حكومة عدل و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) و به (١) قال الشافعي رحمه الله تعالى فى ظاهر مذهبه و القاضي الحنبلي (و عنه) أى و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (أن ما زاد على أصابع اليد و الرجل فهو تبع إلى المنكب و إلى الفخذ) و به (٢) قال مالك و أحمد و ابن أبي ليلى و بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و هو قول النخعي و قتادة و عطاء رحمهم الله تعالى (لأن الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية و اليد (٣) إسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع و لهما) أى و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن اليد آلة باطشة و البطش يتعلق بالكف و الأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين) بيان هذا أن اليد آلة باطشة يعنى أرش اليد يجب باعتبار إزالة البطش و الأصل فى البطش الأصابع و الكف تبع لها و أما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها فى حق التضمين (و لأنه) أى و لأن الذراع (لا وجه إلى أن يكون تبعا للأصابع لأن بينهما) أى بين الذراع و الأصابع (عضوا كاملا) و هو الكف (و لا إلى أن يكون) أى و لا وجه إلى أن يكون (تبعا للكف لأنه) أى لأن الكف (تابع و لا تبع للتبع) بيانه أن الذراع لا يجوز أن يتبع الأصابع لأنه يفصل بينهما عضو فلا يكون تبعا و لا يجوز أن يتبع الكف لأنه تبع فى نفسه فلا يثبت له تبع. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن قطع الكف من المفصل و فيها اصبع واحدة ففيه) أى فى الاصبع الواحد (عشر الدية) و فى بعض النسخ ففيها أى فى الاصبع الواحدة و الاصبع يذكر و يؤنث (و إن كان اصبعان فالخمس) أى الواجب خمس الدية (و لا شيء فى الكف و هذا)

(١)و به قال الشافعيّ الخ. كذا فى المغنى ٦٢٠ ج٩. (٢)و به قال مالكٌ الخ. كذا فى المغنى. (٣)و اليد اسم الخ. قلنا لانسلم أن اليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب لأن اليد إذا ذكرت فى موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند بدليل آية السرقة كذا فى المبسوط للسرخسيّ ص٨٢ ج٢٦.

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ينظر إلى أرش الكف و الاصبع فيكون عليه الأكثر و يدحل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد و لا إلى إهدار أحدهما لأن كل واحد أصل من وجه فرجحنا بالكثرة و له أن الأصابع أصل و الكف تابع حقيقة و شرعا لأن البطش يقوم بها و أوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الإبل و الترجيح من حيث الذات و الحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب

أى و هذا الحكم (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ينظر إلى أرش الكف و الاصبع) أى حكومة العدل في الكف و الاصبع (فيكون عليه الأكثر و يدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين) أى أرش الكف و أرش الاصبع يعني الجمع بين هذين الأرشين جمع اتفاق (لأن الكل شيء واحد) لأن ضمان الأصابع ضمان الكف و ضمان الكف ضمان الأصابع فهذا شيء واحد (و لا إلى إهدار أحدهما) أى و لا وجه أيضا إلى إهدار أحد الأرشين (لأن كل واحد) من الكف و الأصابع (أصل من وجه) أما (١) الأصابع فظاهر و أما الكف فأصل من حيث أن قيام الأصابع به (فرجحنا بالكثرة) كما قلنا فيمن شج رأس شخص و تناثر بعض شعره حيث يدخل هناك الأقل في الأكثر (و له) أى و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الأصابع أصل و الكف تبع حقيقة) أى من حيث الحقيقة (و شرعا) أى من حيث الشرع و بين وجه الحقيقة بقوله (لأن البطش يقوم بها) أى بالأصابع و بين وجه الشرع بقوله (و أوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل و الترجيح من حيث الذات و الحكم) أى من حيث الحقيقة و الشرع (أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) لأن التقدير الشرعي ثابت بالنص و ما لم يثبت فيه تقدير شرعا يكون تقديره بالرأى و الرأى لا يعارض النص و أما قولهما إن الترجيح بالكثرة أولى فقلنا إنما يصار إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة و لا مساواة بين النص و الرأى و أما مسألة الشعر فلا يكون تبعا للآخر و فيما نحن فيه الكف تبع كذا ذكره قاضي خانٌ و لما كان الاعتبار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للنص و تقدير الشرع لا يتفاوت بين أن يكون الباقي اصبعا أو اكثر و لهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا لم يبق من الاصبع إلا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عنده أرش ذلك المفصل و يجعل الكف تبعا له لأن أرش المفصل مقدر شرعا و ما بقي شيء من الأصل و إن قل فلا حكم للتبع كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطة في المحلة لا يعتبر السكان و روى الحسنٌ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان الباقي

---

(١) أما الأصابع فلأنها هي الأصل في منفعة البطش و أما الكف الخ زيلعي.

و لو كان فى الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع و لا شىء فى الكف بالاجماع لأن الأصابع أصول فى التقوم و للأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها و فى الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمى لأنه جزء من يده لكن لا منفعة فيه و لا زينة و كذلك السن الشاغية

دون اصبع يعتبر فيه الأقل و الأكثر كقولهما فيدخل الأقل فى الأكثر و الأول (١) أصح (و لو كان فى الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع و لا شىء فى الكف بالإجماع لأن الأصابع أصول فى التقوم و للأكثر حكم الكل فاستتبعت) أى الأصابع (الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها) أى بجميعها ثم قطعت مع الكف و يقال هذا (٢) الشىء لك بأسره أى بجميعه كما يقال برمته (و فى الاصبع الزائدة حكومة عدل) أى و فى قطع الاصبع الزائدة يجب حكومة عدل و به قال (٣) الشافعى و أحمد و الثورى رحمهم الله تعالى و عن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه أن فيها ثلث دية الاصبع و فى الذخيرة فيها الحكومة سواء كان فى العمد أو فى الخطأ و سواء كان للقاطع اصبع زائد أم لا (تشريفا للآدمى) أى لأجل تشريفه لأنه مكرم (لأنه) أى لأن الاصبع الزائد (جزء من يده لكن لا منفعة فيه و لا زينة) أى و لا جمال فيه قيل عليه أنه منقوض بما إذا كان فى ذقن رجل شعرات معدودة و أزالها رجل و لم ينبت مثلها فإنه لم يجب فيه حكومة عدل و إن كان الشعر جزءاً من الآدمى بدليل أنه لا يحل الانتفاع به و أجيب بأن إزالة جزء الآدمى إنما توجب حكومة عدل إذا بقى من أثره ما يشينه كما فى قطع الاصبع الزائدة و إزالة الشعرات تزينه و لا تشينه فلا توجبها كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه (و كذلك السن الشاغية) بالشين و الغين المعجمتين أى الزائدة يقال شغيت (٤) أسنانه إذا اختلفت نبتتها و تراكبت و قيل الشغى لا تقع الأسنان العليا

---

(١) و الأول أصح كذا فى المبسوط ثم اعلم أنه إذا قطع الكف و لا أصابع فيها قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فيها حكومة عدل لا يبلغ بها أرش اصبع لأن الاصبع الواحدة يتبعها الكف على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع كفاية عن ايضاح و الظاهر أنه تفريع من أبى يوسف رحمه الله تعالى على قول الامام رحمه الله تعالى لأنه لا يقول بتبعية الكف للاصبع تأمل رافعى. (٢) هذا الشىء الخ. و فى لسان العرب: هذا الشىء لك بأسره (بفتح الهمزة وسكون السين المهملة) أى بقده (بكسر القاف مع تشديد الدال المهملة) يعنى جميعه كما يقال برمته (بضم الراء المهملة مع تشديد الميم) اه. (٣) و به قال الشافعىّ الخ. كذا فى المغنى ص ٦٣٢ ج ٩.
(٤) شغيت الخ. و فى لسان العرب: الشغا (بالفتح) اختلاف الأسنان و قيل اختلاف نبتة الأسنان بالطول و القصر و الدخول و الخروج و شغت (كدعت) سنه شغوا (بضمتين مع تشديد الواو) و شغيت (كرضيت) شغى و رجل أشغى و إمرأة شغواء و شغياء معاقبة حجازية و الجمع شغو (بالضم فالسكون) و الشاغية من الأسنان التى تخالف نبتتها (بالكسر فالسكون) نبتة أخواتها و قيل هو خروج الثنيتين و قيل هو الذى تقع أسنانه العليا تحت رؤوس =>

لما قلنا و في عين الصبي و ذكره و لسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب فيه دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن و الأذن و لنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك و الظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن و الأذن الشاخصة لأن المقصود هو الجمال و قد فوته على الكمال

على السفلي و رجل اشغى و امرأة شغياء و منه سميت العقاب شغواء لفضل متفارها الأعلى على الأسفل (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه جزء من يده يعني كما أن الاصبع الزائدة جزء من المجنى عليه كذلك السن الشاغية جزء منه فكما تجب الحكومة في الاصبع الزائدة فكذا في السن الشاغية (و في عين الصبي و ذكره و لسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى في مختصره و قال المصنف (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب فيه) أي في كل واحد من هذه الأعضاء (دية كاملة) و به قال أحمد رحمه الله تعالى و هو قول الثوري رحمه الله تعالى (لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن و الأذن) من الصبي (و لنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك) لأن السلامة بالدليل و بالظاهر تثبت السلامة (و الظاهر لا يصلح حجة للالزام) إنما قيد بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام حتى أنه لو أعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة و قد تقدم من قبل في قوله و يجزيه رضيع و في ذكر الخصي و العنين حكومة عدل عندنا و به (١) قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشافعي رحمه الله تعالى و احمد رحمه الله تعالى في رواية فيهما دية كاملة و قال مالك رحمه الله تعالى في ذكر الخصي مثل قولنا و هو قول الثوري و قتادة و اسحاق رحمهم الله تعالى (بخلاف المارن و الأذن الشاخصة لأن المقصود هو الجمال و قد فوته على الكمال) و معنى الشاخصة المرتفعة من شخص (٢)

=> السفلي قال ابن الأثير و الأول أصح و يروى شاغن بالنون و هو تصحيف و الشغواء العقاب قيل لها ذلك لفضل في منقارها الأعلى على الأسفل و قيل سميت بذلك لتعقف في منقارها اه ملخصا. (١)و به قال احمد الخ. كذا في المغني ص٦٢٨ ج٩. (٢)شخص الخ. و في تاج العروس: شخص كمنع شخوصا (بضمتين) ارتفع و يقال شخص بصره فهو شاخص إذا فتح عينيه و جعل لا يطرف و شخص الميت بصره رفعه إلى السماء فلم يطرف و شخص ببصره عند الموت كذلك و هو مجاز و أبصار شاخصة و شواخص و تقول:

سمعت بقدومك فقلبي بين جناحي راقص و بصري تحت حجاجي شاخص

و قال ابن الاثير شخوص بصر الميت ارتفاع الأجفان إلى فوق و تحديد النظر و انزعاجه و شخص من بلد إلى بلد ذهب و قيل سار في ارتفاع اه ملخصا.

و كذلك لو استهل الصبى لأنه ليس بكلام و إنما هو مجرد صوت و معرفة الصحة فيه بالكلام و فى الذكر بالحركة و فى العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ فى العمد و الخطأ. قال و من شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة فى الدية لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات و أرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط و الدية بفوات كل الشعر و قد تعلقا بسبب واحد

بالفتح شخوصا و قال فى الجمهرة شخص من مكان إلى مكان إذا سار فى ارتفاع (و كذلك لو (١) استهل الصبى) يعنى يكون فى لسان الصبى حكومة عدل ما لم يتكلم و إن استهل (لأنه) أى لأن استهلال الصبى (ليس بكلام و إنما هو مجرد صوت) بالبكاء (و معرفة الصحة فيه) أى فى اللسان (بالكلام و فى الذكر بالحركة) أى و معرفة الصحة فى الذكر بالحركة عند البول (و فى العين) أى و معرفة الصحة فى العين (بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك) أى بعد ما ذكر من الأشياء المذكورة (حكمه) أى حكم الصبى (حكم البالغ فى العمد و الخطأ) لأنه حينئذ تبين أنه أتلف منفعة العضو كاملة فيترتب للصبى على الجانى مثل ما يترتب للبالغ فى حالة العمد و حالة الخطأ. (قال) أى القدورىّ (و من شج رجلا فذهب عقله أو شعر (٢) رأسه دخل (٣) أرش الموضحة فى الدية) و به قال (٤) الشافعى رحمه الله تعالى فى القديم و قال فى الجديد لا يدخل و به قال مالك و أحمد و الحسن و زفر رحمهم الله تعالى فى رواية (لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء) لأنه يكون كالميت و الملحق بالبهائم (فصار) أى حكم هذا (كما إذا أوضحه فمات و أرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) أى لو نبت الشعر فى موضع الشجة يسقط الأرش (و الدية) تجب (بفوات كل الشعر و قد تعلقا بسبب واحد) أى تعلق أرش الموضحة و الدية جميعا بسبب واحد و هو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض و سبب

(١)و كذلك لو استهل الخ. و فى القهستانى لو استهل ففيه الدية و قال محمد رحمه الله تعالى إن فيه الحكومة كما فى الذخيرة(اه)شامية. (٢) شعر رأسه يعنى جميعه أما إذا تناثر بعضه أو شيء يسير منه فعليه أرش الموضحة و دخل فيه الشعر و ذلك أن ينظر إلى أرش الموضحة و إلى الحكومة فى الشعر فان كانا سواء يجب أرش الموضحة و إن كان أحدهما أكثر من الآخر دخل الأقل فى الأكثر و هذا إذا لم ينبت شعر رأسه أما إذا نبت و رجع كما كان لم يلزمه شيء جوهرة. (٣)دخل الخ. و لم يدخل أرش الموضحة فى غير هذين جوهرة. (٤)و به قال الشافعىّ الخ. كذا فى شرح الوجيز ص٣٨٧ ج١٠ و المغنى ص٦٣٤ ج٩.

فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع اصبع رجل فشلت يده و قال زفر رحمه الله تعالى لا يدخل لأن كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات و جوابه ما ذكرنا و إن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الشجة تدخل في دية السمع و الكلام و لا تدخل في دية البصر وجه الأول أن كلا منها جناية فيما دون النفس و المنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلي جميع الأعضاء

الدية الكل (فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع اصبع رجل فشلت يده) فيجب أرش اليد لا أرش الاصبع و الأصل فيه و ما أشبهه أن الجزء يدخل في الكل (و قال زفر رحمه الله تعالى لا يدخل) أي أرش الموضحة في الدية (لأن كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات و جوابه ما ذكرنا) قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء و قيل قوله و قد تعلقا بسبب واحد و هو أشمل من الأول (و إن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه (١) أرش الموضحة مع الدية قالوا) أي قالت المشايخ رحمهم الله تعالى (هذا قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) قال في النهاية ذكر أبي يوسف رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبعي أن يذكر محمدا رحمه الله تعالى مكان أبي يوسف رحمة الله تعالى (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الشجة تدخل في دية السمع و الكلام و لا تدخل في دية البصر) روى الحسن بن زياد رحمه الله تعالى هذه الرواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فإن قيل من أين يعلم ذهاب البصر و السمع و الكلام قيل له يعرف ذلك باعتراف الجاني و تصديقه للمجني عليه أو بنكوله عن اليمين و غير ذلك من الوجوه في معرفة ذلك (وجه الأول) و هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع و البصر و الكلام (أن كلا منها) أي من الموضحة و ذهاب السمع و البصر و الكلام (جناية فيما دون النفس و المنفعة مختصة به) أي بما دون النفس (فأشبه الأعضاء المختلفة) و الجناية متى وقعت على الأعضاء لا يدخل أرش بعضها في بعض فكذا فيما نحن فيه (بخلاف العقل) يعني أن العقل ليس كذلك (لأن منفعته عائدة إلي جميع الأعضاء) فصار كالروح و لزوال الروح في الشجة

---

(١)فعليه أرش الموضحة مع الدية و هذا إذا لم يحصل من الجناية موت أما إذا حصل سقط الأرش و وجبت الدية في ثلاث سنين في ماله لو عمدا و على العاقلة لو خطأ كما في الجوهرة.

على ما بينا وجه الثاني أن السمع و الكلام مبطن فيعتبر بالعقل و البصر ظاهر فلا يلحق به قال و في الجامع الصغير و من شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قالوا و ينبغي أن تجب الدية فيهما و قالا في الموضحة القصاص قالوا و ينبغي أن تجب الدية في العينين. قال و إن قطع اصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الاصبع أو اليد كلها

دخل أرشها في دية الروح فكذا إذا ذهب العقل (على ما بينا) أراد به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء (وجه الثاني) يعني قوله و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إلى آخره (أن السمع و الكلام مبطن) يعني كل واحد منهما باطن (فيعتبر بالعقل) فيدخل أرش الموضحة في دية السمع و الكلام كما يدخل في دية العقل (و البصر ظاهر فلا يلحق به) أي بالعقل فلا يدخل أرش الموضحة كاليد و الرجل و قال الأكمل في قوله و الكلام مبطن قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا تترسم فيها المعاني و لا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه و بين ذهاب العقل عسيرا جدا و إن كان المراد به التكلم بالحروف و الأصوات ففي جعله مبطنا نظر (قال و في الجامع الصغير و من شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و ينبغي أن تجب الدية فيهما) أي في الموضحة و العينين يعني أنه يجب أرش الموضحة ودية العينين (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في الموضحة القصاص قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى في شروحهم على قولهما (و ينبغي أن تجب الدية في العينين) و إنما كرر لفظ قالوا لأن الأول في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الثاني في قولهما. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن قطع اصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الاصبع أو اليد كلها) أي أو شلت اليد كلها و الشلل (١) فساد في اليد من باب علم

---

(١) الشلل الخ. و في تاج العروس: (الشلل محركة اليبس في اليد) أو الفساد فيها (أو ذهابها) و قد (شلت) يده (تشل بالفتح) كمل يمل و أصله شلل كفرح قال ثعلب و هي اللغة الفصيحة (شلا و شللا و أشلت و شلت مجهولين) نقلهما ثعلب في فصيحه و قال في الأخيرة إنها رديئة و قال شراحه ضعيفة مرجوحة و قال الفراء لا يقال شلت يده و إنما يقال أشلها الله و قال اللحياني شل عشره و شل خمسه قال و بعضهم يقول شلت قال و هي أقل يعني أن حذف علامة التأنيث في مثل هذا التركيب أكثر من إثباتها (و رجل أشل) و إمرأة شلاء و قد شللت يا رجل بالكسر (و قد أشل يده) يقال (لا شللا و لا شلال) مبنية (كقطام أي لا تشلل يدك) يقال ذلك في الدعاء و يقال لمن أجاد الرمي و الطعن لا شللا و لا عمى و لا شل عشرك أي أصابعك اه ملخصا. و في اللسان: و يقال لا شلل في معنى لا تشلل لأنه وقع موقع الأمر فشبه به و جر و لو كان نعتا لنصب اه.

لا قصاص عليه في شيء من ذلك و ينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى و فيما بقي حكومة عدل و كذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي و لم يحك خلافا و ينبغي أن تجب الدية في السن كله و لو قال أقطع المفصل و أترك ما يبس أو أكسر القدر المكسور و أترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة و أترك الزيادة

(لا قصاص عليه في شيء من ذلك) أي باتفاق أصحابنا رحمهم الله تعالى و قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يسقط القود عن الاصبع لأنه عمد يمكن اعتبار المساواة فيه و لا يجب القصاص في اليد في قول عن الشافعي رحمه الله تعالى و في رواية عن أحمد رحمه الله تعالى (و ينبغي (١) أن تجب الدية في المفصل الأعلى و فيما بقي حكومة عدل) و إنما قال ينبغي لأن محمدا رحمه الله تعالى لم يذكر هذا في الجامع و المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا هذا (و كذلك) أي الحكم و هو عدم القصاص (لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي) من السن المكسورة (و لم يحك) أي محمد رحمه الله تعالى (خلافا) في المسألتين (و ينبغي أن تجب الدية في السن كله) و به قال (٢) احمد رحمه الله تعالى في رواية و الشافعي رحمه الله تعالى في قول (و لو قال) أي المجني عليه (أقطع المفصل و أترك ما يبس) من أرش اليد أو السن (أو) قال (أكسر القدر المكسور) من السن (و أترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار) أي حكم هذا (كما إذا شجه منقلة) أي كما إذا شج رجل رجلا شجة منقلة (فقال) أي المجني عليه (أشجه موضحة) أي شجة موضحة (و أترك الزيادة) ليس له ذلك لأن الجناية الأولى كانت سارية و هي ليست في وسع المجني عليه و المماثلة شرط وجوب القصاص فلم ينعقد تلك الجناية موجبة

---

(١) و ينبغي أن تجب الدية الخ. كذا في الكافي و الملتقى و هو محمول على ما إذا كان ينتفع بما بقي كما قدمناه عن الزيلعي فلا ينافي ما قدمناه عن شروح الهداية و غيرها من وجوب دية الاصبع لكن حمله في العزمية على أنه قول آخر و استبعد التوفيق بالانتفاع و عدمه بأن الشلل لا يفارقه عدم الانتفاع به لا محالة تأمل اه شامي. (٢) و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ. و في المغني (ص٦١٨ ج٩): و إن جنى على سنه فسودها فحكى عن احمد رحمه الله تعالى في ذلك روايتان إحداهما تجب ديتها كاملة و هو ظاهر كلام الخرقيّ و يروى هذا عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه و به قال سعيد بن المسيب و الحسن و ابن سيرين و شريح و الزهري و عبد الملك بن مروان و النخعي و مالك و الليث و عبد العزيز بن أبي سلمة و الثوري و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى و هو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى و الرواية الثانية عن احمد رحمه الله تعالى أنه إن أذهب منفعتها من المضغ عليها و نحوه ففيها ديتها و إن لم يذهب نفعها ففيها حكومة و هذا قول القاضيّ و القول الثاني للشافعي رحمه الله تعالى و هو المختار عند أصحابه رحمهم الله تعالى اه ملخصا.

لهما في الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الأخرى كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه و نفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول و له أن الجراحة الأولى سارية و الجزاء بالمثل و ليس في وسعه الساري فيجب المال و لأن الفعل واحد حقيقة و هو الحركة القائمة و كذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه

للقصاص في الابتداء و إنما انعقدت موجبة للمال و لا يكون له على القصاص سبيل (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في الخلافية) أي في المسألة الخلافية و هي ما إذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه (أن الفعل) وقع (في محلين) مختلفين حقيقة (فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في إحداهما) أي في إحدى الجنايتين (لا تتعدى إلى الأخرى) أي إلى الجناية الأخرى و الأصل في هذا أن الجناية إذا وقعت في محلين متباينين (١) حقيقة فوجوب المال في أحدهما لا يمنع وجوب القود في الآخر و هو قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى أيضا و متى وقعت في محل (٢) واحد و أتلفت شيئين أحدهما يوجب القود و الآخر يوجب المال فأرش أحدهما يمنع القود بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه و نفذ) أي رميه (منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول) دون الثاني و تجب الدية في الثاني و كذا إذا قطع اصبعا فاضطرب السكين فأصاب اصبعا آخر خطأ منه فإنه يقتص في الأولى بالإجماع دون الثانية (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الجراحة الأولى سارية و الجزاء بالمثل و ليس في وسعه الساري فيجب المال) لأن الجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية إذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للأولى و لا قصاص بدون المماثلة (و لأن الفعل واحد حقيقة و هو الحركة القائمة) أي الثابتة حالة الشج (و كذا المحل) أي محل الجنايتين (متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية) و الشبهة تعمل على الحقيقة فيما يندرئ بالشبهة و لا تعمل في المال لأنه يثبت مع الشبهة فكيف يسقط بها فيجب ديتان (بخلاف النفسين) هذا جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه و نفذ منه إلى غيره فقتله و وجه ذلك هو قوله (لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه)

---

(١) متباينين حقيقة كيد و رجل شامي عن ط. (٢) محل واحد كموضحة أزالت عقله أو سمعه أو بصره أو نطقه و سواء كان المحل عضوا و احدا أو عضوين غير متباينين كاصبع شل جاره خلافا لهما في العضوين شامية

و بخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع لأنه ليس فعلا مقصودا. قال و إن قطع اصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص فى شىء من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا و زفر و الحسن رحمهم الله تعالى

و لا يتصور سراية الفعل من شخص إلى شخص و يتصور ذلك فى شخص واحد (و بخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع) هذا جواب عما يقال إذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب السكين و وقع على اصبع آخر فقطعها يقتص للأولى دون الثانية فما بال مسألتنا لم تكن كذلك و وجهه أن القطع الثانى إنما لم يورث الشبهة فى القصاص لأنه فعل مقصود و أما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود و هو معنى قوله (لأنه ليس فعلا مقصودا) فى مسألتنا و فيما إذا وقع السكين على الاصبع قد صار فعلا مقصودا و قال الاكمل الضمير فى لأنه عائد إلى ذهاب العين بالسراية و بهذا التوجيه يندفع ما قال فى النهاية إن فى قوله لأنه ليس فعلا مقصودا نظرا و إن الصواب ما ذكره فى الذخيرة أنه مقصود و لكن ليس من أثره فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثانى فاختل الكلام و قد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين الأول بالنسبة إلى الأول و الثانى إلى الثانى و قال الكاكى قوله و بخلاف السكين إذا انسل إلى الأخرى لأن القطع فى الاصبع الأخرى ليس من أثر الفعل الأول بل الفعل وقع عليه مقصودا فيفرد بحكمه يعنى أن القطع فى الاصبع الأخرى لا يقصد من الأولى إذ الخطأ لا يقصد من العمد فلا يمكن أن يجعل القطع الثانى تتمة للأول فلا يورث شبهة كذا قال فخر الإسلام و صاحب الإيضاح وذكر فى النهاية و بهذا يعلم أن فيما قاله فى الكتاب لأنه ليس فعلا مقصودا نظرا و أن الصواب ما ذكره فخر الإسلام و صاحب الإيضاح أجيب عن كلامه بأن ما ذكره فى الكتاب من حيث المعنى و التأويل ما قالاه فيكون صحيحا لما قلنا إن الضمير فى لأنه يرجع إلى القطع فى اصبع أخرى و قال الأترازى قوله بخلاف السكين إذا انسل إلى الاصبع الأخرى فقطعها لأن قطع الأخرى حصل ابتداء بالإنسلال لا بالسراية فلم يكن ذلك شبهة بالاصبع الأولى لعدم اتحاد الفعل و هذا هو الفرق الصحيح و ما قال صاحب الهداية بقوله و بخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع لأنه ليس فعلا مقصودا فيه نظر انتهى قلت قد أجيب عن النظر فيما ذكرنا يعلم بالإمعان فى التأمل. (قال) أى القدورى (و إن قطع اصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص فى شىء من ذلك) و عليه دية الاصبعين (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد (و زفر و الحسن) يعنى ابن زياد رحمهم الله تعالى

يقتص من الأولى و فى الثانية أرشها و الوجه من الجانبين قد ذكرناه و روى ابن سماعة رحمه الله تعالى عن محمد رحمه الله تعالى فى المسألة الأولى و هو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما فى النفس و البصر يجرى فيه القصاص بخلاف الخلافية الأخيرة لأن الشلل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد رحمه الله تعالى على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس و قد وقع الأول ظلما و وجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة فى نفسها و لا قود فى التسبيب

و قال الاكمل و قالا و زفر تركيب غير جائز و لو قال و قالا هما و زفر كان صوابا و ذلك لأنه لا يجوز أن يعطف على الضمير المرفوع إلا إذا أكد بالضمير المنفصل إلا فى ضرورة الشعر (يقتص (١) من الأولى) أى من الاصبع الأولى (و فى الثانية أرشها) أى و فى الاصبع الثانية يجب أرشها (و الوجه من الجانبين) أى من جانب أبى حنيفة رحمه الله تعالى و جانب هؤلاء (قد ذكرناه) يريد به قوله و من شج رجلا موضحة فذهبت عيناه إلى آخره (و روى ابن سماعة رحمه الله تعالى عن محمد رحمه الله تعالى فى المسألة الأولى و هو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما) أى فى الموضحة و البصر جميعا (لأن الحاصل بالسراية مباشرة) يعنى بمنزلة المباشرة ثم نظر ذلك بقوله (كما فى النفس) يعني ألا ترى أنه لو قطع يد إنسان فسرى إلى نفسه يجب القصاص (و البصر يجرى فيه القصاص) ألا ترى أنه لو شجه موضحة و باشر سبب ذهاب البصر يجب القصاص فيهما كذلك هنا (بخلاف الخلافية الأخيرة) أى بخلاف المسئلة الخلافية الأخيرة و هى قوله و إن قطع اصبعا فشلت إلى جنبها أخرى (لأن الشلل لا قصاص فيه) و يجب الأرش (فصار الأصل عند محمد رحمه الله تعالى على هذه الرواية) أى رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى (أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس) قال شيخنا العلاء رحمه الله تعالى أى كما لو آلت الجراحة و وصلت إلى النفس بأن قطع اصبع رجل عمدا فسرى و مات يجب القصاص (و قد وقع الأول ظلما) أى عمدا فيكون موجبا للقصاص (و وجه المشهور) أى وجه القول المشهور عن محمد رحمه الله تعالى (أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة فى نفسها و لا قود فى التسبيب) عندنا و أكثر

---

(١) يقتص الخ. و به قال مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى كذا فى المغنى ص ٤٤ ج ٩.

بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة قال و لو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى و لو أوضحه موضحتين فتأكلتا فهو على الروايتين هاتين. قال و لو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا عليه الأرش كاملا لأن الجناية قد تحققت و الحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى و له

أهل العلم رحمهم الله تعالى إلا في رواية عن مالك رحمه الله تعالى و في قول عن الشافعي رحمه الله تعالى (بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى) أي لا تبقى الجناية الأولى معتبرة فاذا كان كذلك (فانقلبت الثانية مباشرة) أي فانقلبت الجناية الثانية بطريق المباشرة فيجب القصاص (قال) أي المصنفؒ ذكر هذه المسألة و التي تليها أيضا على سبيل التفريع (و لو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى و لو أوضحه موضحتين) أي و لو شجه شجتين موضحتين (فتأكلتا) أي صارتا واحدة بالأكل (فهو على الروايتين هاتين) أي الرواية المشهورة و رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى عن محمد رحمه الله تعالى يعني لا قصاص على المشهور و فيهما القصاص على رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى و قال الكرخيؒ في مختصره و قال محمد رحمه الله تعالى إذا ضربه بعصا فأوضحه ثم عاد فضربه إلى جانبها ثم تأكلتا حتى صارتا واحدة يقتص منه و في السير و روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فمن ضرب سن رجل عمدا فكسر بعضها و تحرك ما بقي فإنه يؤجل سنة فإن سقطت أو اسودت فلا قصاص فيه و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن سقطت فيه القصاص. (قال) أي القدوريؒ (و لو قلع سن رجل) بالغ (فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش) إلى هنا لفظ القدوريؒ و لم يذكر خلاف أصحابنا رحمهم الله تعالى فيه و قال المصنفؒ سقط الأرش (في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و إن كان أخذها ردها و به قال (١) أحمد رحمه الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (عليه الأرش كاملا) أي على القالع أرش السن المقلوع كاملا و لا يردها لو أخذها و به (٢) قال مالك رحمه الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول (لأن الجناية قد تحققت) و العادة عدم العود (و الحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى) بخلاف سن الصبي فإنها معرضة للنبات و لهذا قيل يستأني في سن الصبي حولا دون البالغ (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى

---

(١)و به قال احمدؒ الخ. كذا في المغني ص ٦١٥ ج٩. (٢)و به قال مالكؒ الخ. كذا في المغني.

أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبى فنبتت لا يجب الأرش بالاجماع لأنه لم يفت عليه منفعة و لا زينة و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل و لو قلع سن غيره فردها صاحبها فى مكانها و نبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله لأن هذا مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود و كذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه و من نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم

(أن الجناية انعدمت معنى) لأنه عاد مكانها مثل التى تلفت فلم يجب شىء (فصار كما إذا قلع سن صبى فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع) قيد بالأرش لأنه روى فى مختصر الكرخيّ عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يجب فيه حكومة العدل و فى الأجناس عن المجرد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لو نزع سن رجل فنبت نصف السن كان عليه نصف قيمتها (لأنه لم يفت عليه) أى على الصبى المنزوع سنه (منفعة و لا زينة و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى) هذا متعلق بقوله و قالا عليه الأرش كاملا أى روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى (أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل) بأن يقوم بالألم و بدون الألم فيجب ما انتقص (قال) أى المصنفّ (و لو قلع سن غيره فردها صاحبها فى مكانها و نبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية القاضيّ و قال احمد رحمه الله تعالى فى رواية لا تجب الدية و عليه الحكومة لنقصانها (لأن هذا) أى نبات اللحم (مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود) لأن هذه السن تكون فى حكم الميت قال محمد رحمه الله تعالى إن كانت اكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلاة فيها و لم تكن عوضا عن الفائت و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إذا أعادها إلى موضعها يجوز الصلاة فيها و فى سن غيره لا يجوز ذلك (و كذا) أى و كذا يجب الأرش بكماله (إذا قطع أذنه) أى أذن غيره (فألصقها) بأن أخاطها (فالتحمت) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية تجب الحكومة و لا تجب الدية (لأنها) أى لأن الأذن (لا تعود إلى ما كانت عليه) و هذا ظاهر (و من نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول) أى سن المنزوع الأول (فعلى الأول) أى فعلى المنزوع الأول (لصاحبه) و هو المنزوع الثانى (خمسمائة درهم) و به قال الشافعيّ فى قول و أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول هو هبة مبتدأة

لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت و لم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية و لهذا يستأني حولا بالاجماع و كان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه تنبت فيه ظاهرا فإذا مضى الحول و لم تنبت قضينا بالقصاص و إذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والإستفياء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال

فلا تجب عليه شيء و هو قياس قول مالك رحمه الله تعالى و في جامع المحبوبي هذا إذا نبتت السن المنزوعة كالأولى فان نبتت معوجة تجب حكومة العدل (لأنه تبين أنه) أي المنزوع الأول (استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت و لم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية و لهذا يستأني حولا) أي يؤجل سنة و الاستيناء الانتظار يقال استأنيت به أي انتظرته و منه يستأني بالجراحات أي ينتظر مآل أمرها و أصله من أني يأني (بالإجماع) قال الكاكي قوله بالإجماع يخالفه رواية التتمة فإنه ذكر فيها أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل إلا أنه قبل البرء لا يقتص و لا يؤخذ الأرش لأنه لا يدرى عاقبته (و كان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك) أي في البرء (للقصاص إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول) لأنه مشتمل على الفصول الأربعة التي تشمل على الطباع الأربعة الحرارة و البرودة و الرطوبة و اليبوسة فلعل فصلا منها وافق طبع المجني عليه فتبرأ جراحته و تلتئم (لأنه تنبت فيه ظاهرا) أي تنبت السن في الحول ظاهرا (فاذا مضى الحول و لم تنبت قضينا بالقصاص و إذا نبتت تبين أنا أخطانا فيه) أي في القصاص (و الاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة) لأن فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان حقا فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص (فيجب المال) حينئذ و نقل الناطفيّ في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى قال أبو يوسف رحمه الله تعالى رجل قلع سن رجل لا انتظر بها حولا و إنما أنتظر بسن الصبي و أقضي عليه بأرشها و إلى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زادهٓ و غيره و قال الناطفيّ أيضا قال في المجرد و لو قلع سن صبي ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه و يؤجله سنة منذ يوم نزع سنه فاذا مضت سنة و لم تنبت اقتص له و على هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا رحمهم الله تعالى بين سن البالغ و سن الصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا و إليه ذهب القدوريّ و السرخسيّ و غيرهما (قال) أي المصنفٓ

و لو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر أثر فعله فلو أجله القاضى سنة ثم جاء المضروب و قد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا و هذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء و قد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر فى السقوط فافترقا و إن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضاررب لأنه ينكر أثر فعله و قد مضى الأجل الذى وقته القاضى لظهور الأثر فكان القول للمنكر و لو لم تسقط

ذكره على سبيل التفريع و هو من مسائل الأصل إلى قوله و من شج رجلا فالتحمت (و لو ضرب إنسان سن انسان فتحركت يستأنى) أى ينتظر (حولاً ليظهر أثر فعله فلو أجله القاضى سنة ثم جاء المضروب و قد سقطت سنه فاختلفا) أى اختلف الضارب و المضروب (قبل السنة فيما سقط بضربه) فقال الضارب سقطت سنك بضربة غيرى و قال المجنى عليه بضربك (فالقول للمضروب) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الأصح و أحمد رحمه الله تعالى (ليكون التأجيل مفيدا) يعنى لو لم يقبل قوله كان التأجيل و عدمه سواء إذ التأجيل لظهور عاقبة الأمر (و هذا) أى و هذا الذى ذكرناه (بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء و قد صارت) أى الموضحة (منقلة فاختلفا) أى اختلف الشاج و المشجوج فقال المشجوج صارت منقلة من ضربك و أنكر الشاج (حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة) لأن الشجة الموضحة بعد ما وقعت موضحة لا تكون سببا لنقل العظم عادة بل يكون ذلك أثرا بسبب حادث فلا يبقى الظاهر شاهدا للمضروب فلا يكون القول قوله (أما التحريك فيؤثر فى السقوط) أى أما تحريك السن فله تأثير فى سقوطها فيكون القول قول المضروب و بهذا حصل الفرق بين المسألتين أشار إليه بقوله (فافترقا) أى افترق الحكم المذكور فى المسألة الأولى و الحكم المذكور فى المسئلة الثانية و كان القياس أن يكون القول للضارب فيهما لأنه منكر و لكن فى الاستحسان فرق بينهما فى الوجه الذى ذكره المصنف رحمه الله تعالى (و إن اختلفا فى ذلك) أى و إن اختلف الضارب و المضروب فى سقوط السن (بعد السنة) فقال المضروب سقطت بضربك و قال الضارب بل سقطت بأمر حادث (فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله و قد مضى الأجل الذى وقته القاضى لظهور الأثر فكان القول للمنكر و لو لم تسقط) يعنى إذا تحركت السن و لم تسقط و لم يحصل فيها

لا شيء على الضارب و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه تجب حكومة الألم و سنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى و لو لم تسقط و لكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة و في العمد في ماله و لا يجب القصاص لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه و كذا إذا كسر بعضه و اسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا و كذا لو احمر أو اخضر.

فيها عيب كالاسوداد و نحوه (لا شيء على الضارب و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه تجب حكومة الألم) و في بعض النسخ و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى مكان أبي يوسف رحمه الله تعالى و الأول أصح لأنه ذكر في الذخيرة و غيرها قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا الموضع (و سنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى) أي وجه قوله و لا شيء على الضارب و وجه قوله حكومة الألم و الموعود بعد هذا هو قوله سقط الأرش عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلى آخره (و لو لم تسقط) أي السن (و لكنها اسودت يجب (١) الأرش في الخطأ على العاقلة و في العمد في ماله و لا يجب القصاص لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه) أي تسود السن من ذلك الضرب (و كذا إذا كسر بعضه) أي بعض السن (و اسود الباقي لا قصاص عليه لما ذكرنا) أراد به قوله لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه (و كذا) أي لا قصاص (لو احمر) أي السن (أو اخضر) بل يجب الأرش في الخطأ على العاقلة و في العمد في ماله و قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى يجب الحكومة في الاصفرار و الإحمرار و في الإخضرار كذلك عند الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية يكون كالاسوداد و لو اصفر فيه روايتان روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن فيها الحكومة و ذكر هشامٌ عن محمد رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال في الحر لا يجب شيء و في المملوك يجب الحكومة و قال محمد رحمه الله تعالى فيها إذا اصفرت حكومة حرا كان المضروب أو عبدا و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى أيضا فيها حكومة و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن كثرت الصفرة حتي يكون عيبا كعيب الخضرة و الحمرة ففيها أرشها تاما و قال

---

(١) يجب الأرش. و في الكفاية عن الذخيرة: ثم إن محمدا رحمه الله تعالى أوجب كمال الأرش باسوداد السن و لم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى أو من الأسنان التي ترى قالوا و يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لا ترى فان فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملا و إن لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة العدل لأن منفعته قائمة و جماله ليس بظاهر فيجب فيه حكومة عدل و إن كان من الأسنان التي ترى يجب كمال الأرش و إن لم تفت منفعته لأنه فوت جمالا ظاهرا على الكمال اه.

قال و من شج رجلا فالتحمت و لم يبق لها أثر و نبت الشعر سقط الأرش عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لزوال الشين الموجب و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجب عليه أرش الألم و هو حكومة عدل لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رحمه الله تعالى عليه أجرة الطبيب و ثمن الدواء لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب و ثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله إلا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يقول إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد أو بشبهة و لم يوجد فى حق الجانى فلا يغرم شيئا. قال و من ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها

زفر رحمه الله تعالى إذا اصفرت ففيها أرشها تاما الكل ذكره الكرخي رحمه الله تعالى. (قال) أى القدوري (و من شج رجلا فالتحمت و لم يبق لها أثر و نبت الشعر سقط الأرش عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لزوال الشين الموجب و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجب عليه أرش الألم و هو حكومة عدل لأن الشين) أى لأن الشين الموجب (إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه) أى تقويم الألم الحاصل (و قال (١) محمد رحمه الله تعالى عليه أجرة الطبيب و ثمن الدواء لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب و ثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله) أى كأن الشاج أخذ كل واحد من أجرة الطبيب و ثمن الدواء من مال المجنى عليه لأنه ألجأه إلى هذا (إلا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يقول إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد) كالإجارة الصحيحة و المضاربة الصحيحة (أو بشبهة) أى بشبهة العقد المطلق كالإجارة الفاسدة و المضاربة الفاسدة (و لم يوجد) أى عقد و لا شبهة (فى حق الجانى فلا يغرم (٢) شيئا) كما لو لطمه (٣) أو شتمه. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها

---

(١)قال محمد الخ. و فى البرجندى عن الخزانة و المختار قول أبى حنيفة رحمه الله تعال در منتقى و عليه اعتمد المحبوبى و النسفى و غيرهما لكن قال فى العيون لا يجب عليه شيء قياسا و قالا يستحسن أن تجب حكومة عدل مثل أجرة الطبيب و هكذا كل جراحة برئت اه ملخصا من تصحيح العلامة قاسم قال السائحانى و يظهر لى رجحان الاستحسان لأن حق الآدمى مبنى على المشاحة اه و فى البزازية لا شيء عليه عند محمد رحمه الله تعالى و هذا قياس قول الامام رحمه الله تعالى أيضا و فى الاستحسان الحكومة و هو قول الثانى رحمه الله تعالى قال الفقيه الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى أنه لا شيء عليه إلا ثمن الأدوية قال القاضى أنا لا أترك قولهما و إن بقى أثر يجب أرش ذلك الأثر إن منقلة مثلا فأرش المنقلة اه قال الرملى و تأمل ما بينه و بين ما هنا من المخالفة فى سوق الخلاف و ما هنا هو المذكور فى الزيلعى و العينى و غالب الشروح كذا فى الشامية. (٢)فلا يغرم شيئا و لا قيمة لمجرد الألم ألا ترى أن من ضرب انسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الأرش و كذا لوشتمه شتما يؤلم قلبه لا يضمن شيئا زيلعي. (٣)لطمه. و فى القاموس: اللطم ضرب الخد و صفحة الجسد بالكف مفتوحة اه.

فعليه أرش الضرب معناه إذا بقى أثر الضرب فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة. قال و من قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية و سقط أرش اليد لأن الجناية من جنس واحد و الموجب واحد و هو الدية و إنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله إبتداء. قال و من جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ و قال الشافعي رحمه الله تعالي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس و هذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل و لنا قوله عليه الصلاة و السلام

فعليه أرش الضرب معناه إذا بقى أثر الضرب) قال الاترازي وقع بيانها مكررا في الهداية لأنه استوفى بيانها في فصل قبل باب الشهادة في القتل و أراد بالأرش أرش الضرب و هو حكومة العدل قال الصدر الشهيد هذا إذا بقى أثر الضرب (فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة) و الذى مضى هناك أنه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و يجب أرش الألم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و أجرة الطبيب عند محمد رحمه الله تعالى و إنما قيد بقوله فجرحه لأنه إذا لم يجرحه في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق. (قال) أى القدوري (و من قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء) أى قتله خطأ أيضا قبل برء اليد لإنه إذا كان القتل عمدا يؤخذ بالأمرين جميعا و قيد بما قبل البرء لأنه بعد البرء يؤخذ بالأمرين جميعا (فعليه الدية و سقط أرش اليد لأن الجناية من جنس واحد) لأن كل واحد منهما خطأ و الجنايات المنفقة بمنزلة الجناية الواحدة (و الموجب واحد و هو الدية و إنها) أى و إن الدية (بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء) فلو قتله ابتداء لم يكن الواجب إلا دية لا غير فكذا هذا و لا شبهة هنا إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمدا لأنهما جنايتان مختلفتان و اختلاف الجنايتين كاختلاف الجانيين. (قال) أى القدوري (و من جرح رجلا جراحة لم يقتص منه) أى من الجارح (حتى يبرأ) و به (١) قال مالك و أحمد و أكثر (٢) أهل العلم رحمهم الله تعالى و قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس) أى قياسا عليه (و هذا) أى وجوب القصاص في الحال (لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل) أى بعد التحقق (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبي ﷺ

---

(١) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغنى ص٤٤٥ ج٩. (٢) اكثر أهل العلم منهم عطاء و الحسن و النخعي و الثوري و اسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى كما في المغنى.

يستأنى فى الجراحات سنة و لأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لأن حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل و إنما يستقر الأمر بالبرء. قال و كل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل و كل أرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل لقوله عليه الصلاة و السلام لا تعقل العواقل عمدا

(يستأنى فى الجراحات سنة) هذا أخرجه (١) الدارقطنىؒ فى سننه عن يزيد بن عياض عن أبى الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ يستأنى بالجراحات سنة قال الدارقطنىؒ يزيد ابن عياض ضعيف متروك و أخرجه (٢) البيهقىؒ عن ابن لهيعة عن أبى الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه قال رسول الله ﷺ تقاس الجراحات ثم يستأنى بها سنة ثم يقضى فيها بقدر ما انتهت إليه و أعله البيهقىؒ بابن لهيعة و قال الأترازىؒ و لنا ما روى أصحابنا فى كتبهم عن جابر رضى الله تعالى عنه ثم ذكر الحديث الذى ذكره المصنفؒ قلت الخصم لا يرضى بهذا و هو يعلم بذلك لكنه كأن لم يقف على من أخرجه (و لأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها) أى لا يعتبر حالها (لأن حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل و إنما يستقر الأمر بالبرء) أو بالسراية فاذا استوفينا القصاص فى الحال استوفينا ما ليس بمستقر فلا يجوز ذلك و قوله لأن الموجب قد تحقق فلا نسلم ذلك لأن الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء أو علة لوجوب القصاص فى النفس بعد السراية إلى النفس فلا تنعقد علة لأحد الأمرين قبل أن يظهر الحال أ قتل هو أم ليس بقتل فينبغى أن ينتظر ليعلم الواجب فيه. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و كل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل و كل أرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (لا تعقل العواقل عمدا) هذا الحديث غريب مرفوعا و أخرجه (٣) البيهقىؒ عن عامر الشعبى عن عمر رضى الله تعالى عنه قال العمد و العبد و الصلح و الاعتراف لا يعقل العاقلة قال البيهقىؒ هذا عن عمر رضى الله تعالى عنه منقطع

---

(١)أخرجه الدارقطنىؒ فى الحدود و الديات ص٩٠ ج٣. (٢)أخرجه البيهقىؒ فى الجنايات باب ما جآء فى الاستثناء بالقصاص من الجرح و القطع ص٦٧ ج٨ و أخرجه الطحاوىؒ فى شرح معانى الآثار فى الجنايات باب الرجل يقتل رجلا كيف يقتل ص١٠٢ ج٢ عن عبدالله بن مبارك عن عنبسة بن سعيد عن الشعبى عن جابر رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال لا يستقاد من الجرح حتى يبرأ اه قال فى التنقيح إسناده صالح و عنبسة وثقه احمد و غيره اه كذا فى فى نصب الراية ص٣٧٨ ج٤. (٣)أخرجه البيهقىؒ فى الديات باب من قال لا تحمل العاقلة عمدا الخ ص١٠٤ ج٨.

الحديث و هذا عمد غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد و الثاني يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع.

و المحفوظ عن عامر الشعبيّ من قوله ثم أخرجه (٢) عن الشعبيّ قال لا تعقل العاقلة عمدا و لا عبدا و لا صلحا و لا اعترافا و أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلامٌ في آخر كتابه غريب الحديث كذلك من قول الشعبي رحمه الله تعالى و اختلفوا (٣) في تأويل العبد فقال محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جنايته و إنما هي في رقبته و قال ابن أبي ليليّ إنما معناه أن يكون العبد يجني عليه يقتله حر أو يجرحه فليس على عاقلة الجاني شئى إنما ثمنه في ماله خاصة (الحديث) أي يقرأ الحديث بتمامه أو إقرأ الحديث إلى آخره و تمامه لا تعقل العواقل عمدا و لا عبدا و لا صلحا و لا اعترافا (و هذا عمدٌ) أشار به إلى قوله و كل عمد سقط القصاص فيه إلى آخره (غير أن الأول) أراد به دية العمد الذى سقط القصاص فيه بشبهة (يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء) يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح (فأشبه شبه العمد و الثاني) و هو الأرش الواجب بالصلح (يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد) أي بعقد الصلح (فأشبه الثمن في البيع) فإن شرط فيه أجل كان مؤجلا و إن لم يشترط كان حالا و الحاصل أن كل ذلك في مال القاتل في الوجهين غير أن في الأول مؤجلا في ثلاث

---

(٢)أخرجه أي البيهقي في الباب المذكور آنفا و رجاله ثقات كما في الاعلاء و روى محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في الموطا في الديات باب دية العمد ص٢٩٣ فقال أخبرنا مالك أخبرنا ابن شهاب قال مضت السنة (أي السنة النبوية و سنة الصحابة رضى الله تعالى عنهم) أن العاقلة لا تحمل شيئا من دية العمد إلا أن تشاء و روى محمد رحمه الله تعالى أيضا فقال أخبرنا عبدالرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيدالله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا و لا صلحا و لا اعترافا و لا ما جنى المملوك قال في الاعلاء: سنده صحيح. (٣)اختلفوا في تأويل العبد الخ. كذا في نصب الراية ص٣٧٩ ج٤ و فيه أيضا: قال أبو عبيدٌ فذاكرت الاصمعيّ فيه فقال القول عندي ما قال ابن أبي ليليّ و عليه كلام العرب و لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لكان لا تعقل العاقلة عن عبد و لم يكن و لا تعقل عبدا اه. و في القاموس: قال الاصمعيّ كلمت في ذلك أبا يوسف القاضي رحمه الله تعالى بحضرة الرشيدٌ فلم يفرق بين عقلته و عقلت عنه حتى فهمته اه و أجاب عنه القاري رحمه الله تعالى كما في التعليق الممجد بأن عقلته قد يجيء بمعنى عقلت عنه كما في قوله لا تعقل العاقلة عمدا و اعترافا و صلحا فان معناه عن عمد و عن اعتراف و عن صلح فيكون معنى قوله لا تعقل عبدا لا تعقل عن عبد كما يدل عليه سياق كلام الشعبيّ و سباقه اه بمفهومه و قال العثمانيّ في الاعلاء: و الصواب عندى أن يقال تقدير قوله لا تعقل العاقلة عبدا لا تعقل العاقلة جناية عبد فحذف المضاف و أقيم المضاف إليه مقامه و لا حاجة إلى تقدير عن و القرينة على التقدير وقوع العقل على الأفعال كالعمد و الصلح و الاقرار فيجب أن يقدر الفعل في قوله "عبدا" لئلا يلزم اشتراك الفعل في معنيين لأن العقل إذا عدى إلى الفعل كأن يقال عقلت قتل فلان =>

قال و إذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب حالة لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالا و التأجيل للتخفيف في الخاطئ و هذا عامد فلا يستحقه و لأن المال وجب جبرا لحقه و حقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل و لنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ و شبه العمد و هذا لأن القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل و التقويم ثبت بالشرع و قد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما إلي زيادة و لما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا

سنين و في الثاني حال. (قال) أي القدوري (و إذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية (١) في ماله في ثلاث سنين و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب حالة) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالا و التأجيل للتخفيف في الخاطئ و هذا عامد فلا يستحقه) أي فلا يستحق التخفيف (و لأن المال) دليل آخر للشافعي رحمه الله تعالى أي و لأن المال فيما ذكر (وجب جبرا لحقه) أي لحق المقتول قال الجوهري الجبر أن تغني الرجل من فقر أو تصلح عظمه من كسر يقال جبرت العظم جبرا و جبر العظم بنفسه جبورا أي انجبر (و حقه) أي و حق المقتول (في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل) أي فلا ينجبر الحال بالمؤجل لعدم المماثلة (و لنا أنه) أي المال الذي وجب بقتل الأب ابنه (مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ و شبه العمد) حيث تجب مؤجلا (و هذا) يشير به إلي بيان هذا بقوله (لأن القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم (٢) التماثل) بين الآدمي و المال (و التقويم ثبت بالشرع و قد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما إلي زيادة) يعني المعجل (٣) فانه زائد علي المؤجل من حيث الوصف في المالية (و لما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا) أي من حيث القدر (لا يجوز وصفا)

=> كان له معنى و إذا عدى إلي الذات كأن يقال عقلت فلانا كان له معنى آخر و لم يتنبه الاصمعي و من قلده لهذه الدقيقة فقالوا ما قالوا قلت و يؤيد ما قاله محمد رحمه الله تعالى ما في قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و لا ما جنى المملوك و هو صريح في أن العاقلة لا تحمل جناية العبد إذا كان هو الجاني لا أنها لا تحمل جناية الحر إذا قتل العبد و الآثار يفسر بعضها بعضا فافهم اه. (١)فالدية في ماله الخ. فان قيل لما وجب المال يجب غسله لأن وجوب المال يمنع الشهادة قيل وجب القصاص ههنا لأنه عمد إلا أنه تعذر استيفاؤه لشرف الأبوة فوجب البدل كيلا يهدر الدم و للبدل حكم المبدل و قال القاضي الامام أبو زيد رحمه الله تعالى يجب القصاص على الصبي كما تجب عليه أروش الجنايات و ضمان المتلفات إلا أنه سقط لكونه مظنة للمرحمة كذا في الكفاية. (٢)لعدم التماثل لأن الآدمي مالك مبتذل و المال مملوك مبتذل فلا يتماثلان كفاية. (٣)يعني المعجل الخ. ألا ترى أن في العرف يشترى الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشترى بالنقد فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع معنى كذا في المبسوط ص ٩٢ ج ٢٦.

و كل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله و لا يصدق على عاقلته لما روينا و لأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة. قال و عمد الصبي و المجنون خطأ و فيه الدية على العاقلة و كذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا و المعتوه كالمجنون و قال الشافعي رحمه الله تعالى عمده

أى من حيث الوصف بيانه أنه لم يجز العدول في التغليظ بزيادة القدر بأن يزاد على مائة بعير فكذلك لا يجوز العدول فيه بزيادة الوصف و هو صفة الحلول لأن وجوب المال بخلاف القياس فيقتصر على ما ورد الشرع به و هو التأجيل ثم اعلم أنه لا يجب القصاص على الأب و لا يجب ايضا على الأجداد و الجدات في قتل الولد و جرحه و لكن تجب الدية عليهم في مالهم في ثلاث سنين و في الخطأ الدية على العاقلة و على القاتل الكفارة كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي (و كل (١) جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله) أراد بقوله كل جناية ما يوجب الدية لأنه إذا اعترف العمد يقتص به إذا لم يكن ثمة ما يمنع القصاص (و لا يصدق على عاقلته) لأنه يصدق على نفسه غير معترف على عاقلته فإذا لم يصدق عليهم بقيت الدية في ذمته كما كانت و تكون مؤجلة يؤدى عند انقضاء كل سنة ثلثها لأنه مال يؤجل بالحول كالدين يؤجل و الزكاة (لما روينا) أشار به إلى قوله عليه الصلاة و السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث و فيه و لا اعترافا (و لأن الإقرار لا يتعدى المقر) لأنه حجة قاصرة (لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر) أى الاقرار (في حق العاقلة) لعدم تجاوزه عنه. (قال) أى القدوري (و عمد الصبي و المجنون خطأ و فيه الدية على العاقلة و كذلك) أى على العاقلة (كل جناية موجبها خمسمائة (٢) فصاعدا) و هو منصوب على الحال و ذوالحال محذوف و تقديره فما زاد على خمسمائة حال كون الزائد صاعدا (و المعتوه (٣) كالمجنون) أى حكمهما واحد و في المغرب المعتوه الناقص العقل و قيل المدهوش من غير جنون و قد عته عتها و عتاهة و عتاهية (و قال الشافعي رحمه الله تعالى عمده) أى عمد كل واحد

---

(١)و كل جناية الخ. قال الموفق الحنبلي في المغني ص ٥٠٤ ج٩: إن العاقلة لا تحمل الاعتراف و هو أن يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه و لا تحمله العاقلة و لا نعلم فيه خلافا و به قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و الشعبي و الحسن و عمر بن عبدالعزيز و الزهري و سليمان بن موسى و الثوري و مالك و الأوزاعي و الشافعي و اسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى اه. (٢)خمسمائة في الرجل و مائتان و خمسون في المرأة شامي عن قهستاني. (٣)و المعتوه كالمجنون بخلاف السكران و المغمى عليه در مختار و الظاهر أن المراد السكران بغير مباح زجرا له و إلا فالعمد لا بد فيه من القصد و السكران بمباح لا قصد له و لا زجر عليه تأمل و كذا يقال في المغمى عليه فانه لا قصد له كالنائم بل هو أشد و أيضا فالصبي له قصد بالجملة و قد جعل عمده خطأ فهذا أولى فتأمل و في الأشباه السكران من محرم مكلف و إن من مباح فلا فهو كالمغمى عليه رد المحتار.

عمد حتى تجب الدية في ماله لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكميه و هو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر و هو الوجوب في ماله و لهذا تجب الكفارة به و يحرم عن الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل و لنا ما روى عن على رضى الله تعالى أنه جعل عقل المجنون على عاقلته و قال عمده و خطأه سواء و لأن الصبى مظنة المرحمة و العاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبى و هو أعذر أولى بهذا التخفيف و لا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم و العلم بالعقل و المجنون عديم العقل و الصبى قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد و صار كالنائم و حرمان الميراث

من الصبى و المجنون و المعتوه (عمد حتى تجب الدية في ماله لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد) أى لأن العمد في اللغة القصد فمن تحقق منه الخطأ يتحقق منه القصد و قصده معتبر شرعا في الجملة و لهذا يؤدب و يعزر (غير أنه تخلف عنه أحد حكميه) أى أحد حكمى القتل (و هو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر و هو الوجوب في ماله و لهذا) أى و لأجل ذلك (تجب الكفارة به) أى بالمال قيد به لأنه لا يجب التكفير بالصوم بالاجماع (و يحرم عن الميراث على أصله) أى على أصل الشافعي رحمه الله تعالى (لأنهما) أى لأن وجوب الكفارة بالمال و الحرمان عن الميراث (يتعلقان بالقتل) و مذهب مالك و أحمد رحمهما الله تعالى كمذهبنا و قول للشافعي رحمه الله تعالى أيضا كقولنا (و لنا ما روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته و قال عمده و خطأه سواء) هذا أخرجه (١) البيهقىّ عن حسين بن عبدالله بن ضميرة عن أبيه عن جده قال قال على رضى الله تعالى عنه عمد المجنون و الصبى خطأ و قال (٢) البيهقىّ في المعرفة اسناده ضعيف بمرة (ولأن الصبى مظنة المرحمة و العاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبى و هو أعذر) أى و الحال أن الصبى أقوى عذرا (أولى بهذا التخفيف و لا نسلم) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه عمد حقيقة أى نمنع (تحقق العمدية فإنها) أى العمدية (تترتب على العلم و العلم بالعقل و المجنون عديم العقل و الصبى قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد) أى فكيف يتحقق من المجنون و الصبى القصد (و صار كالنائم) الذى يرفع عنه القلم مادام نائما (و حرمان الميراث) جواب عن قوله و يحرم عن الميراث بيانه أن حرمان الميراث من

---

(١)أخرجه البيهقىّ في الجنايات باب ما روى في عمد الصبى ص ٦١ ج٨. (٢)قال البيهقىّ الخ. كذا في نصب الراية ص ٣٨٠ ج٤.

عقوبة و هما ليسا من أهل العقوبة و الكفارة كاسمها ستارة و لا ذنب تسره لأنهما مرفوعا القلم.

فصل في الجنين

قال و إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة

مورثهما (عقوبة و هما) أي الصبي و المجنون (ليسا من أهل العقوبة) فلا يحرمان (و الكفارة) جواب عن قوله تجب الكفارة به بيانه أن الكفارة (كاسمها ستارة) لأنها مشتقة من الكفر و هو الستر (و لا ذنب تستره) أي و لا ذنب لهما حتى تستره الكفارة (لأنهما مرفوعا القلم) لقوله عليه الصلاة و السلام رفع القلم عن ثلاث الحديث.

(فصل في الجنين)

أي هذا فصل في بيان أحكام الجنين و الجنين على وزن فعيل بمعنى مفعول أي مجنون أي مستور من جنه إذا ستره من باب طلب و الجنين اسم الولد في بطن الأم ما دام فيه و الجمع أجنة فاذا ولد يسمى ولدا ثم رضيعا إلى غير ذلك على ما عرف في موضعه و لما ذكر أحكام القتل المتعلق بالآدمي من كل وجه شرع في بيانها في الآدمي من وجه دون وجه و هو الجنين و قال السرخسي رحمه الله تعالى الجنين ما دام مجتنا في بطن أمه ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم و لكنه متفرد بالحياة معد ليكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية و لاعتبار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة و لهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه كان ضامنا له و يلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه. (قال) أي القدوري (و إذا ضرب (١) بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه (٢) غرة

---

(١) إذا ضرب بطن امرأة و كذا لو ضرب ظهرها أو جنبها أو رأسها أو عضوا من أعضائها فتأمل رملي و نحوه في أبي السعود عن التحريري و قال السائحاني يؤخذ مما يأتي من قوله أسقطته بدواء أو فعل أن البطن و الضرب ليسا بقيد حتى لو طرب رأسها أو عالجت فرجها ففيه الضمان كما صرحوا به اه و قال في الخيرية و قد أفتى والد شيخنا أمين الدين بن عبد العال إذا صاح على امرأة فألقت جنينا لا يضمن و إذا خوفها بالضرب يضمن و أقول وجه الفرق أن موتها بالتخويف و هو فعل صادر منه نسب إليه و بالصياح موتها بالخوف الصادر منها و صرحوا أنه لو صاح على كبير فمات لا يضمن و أنه لو صاح عليه فجأة فمات منها تجب الدية و أقول لا مخالفة لأنه في الأول مات بالخوف المنسوب إليه و في الثاني بالصيحة فجأة المنسوبة إلى الصائح و القول للفاعل أنه مات من الخوف و على الأولياء البينة أنه من التخويف و على هذا فلو صاح على المرأة فجأة فألقت من صيحته يضمن و لو ألقت امرأة غيرها لا يضمن لعدم تعديه عليها فتأمله فانه تحرير جيد اه ملخصا شامية. (٢)ففيه غرة. قال الموفق في المغني (ص ٥٣٥ ج٩) إن في جنين الحرة المسلمة غرة و هذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه و عطاء و الشعبي و النخعي و الزهري و مالك و الثوري و الشافعي و اسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى اه. =>

و هي نصف عشر الدية قال معناه دية الرجل و هذا في الذكر و في الأنثى عشر دية المرأة و كل منهما خمسمائة درهم و القياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته و الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الإستحسان ما روى عن النبي عليه الصلاة و السلام أنه قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة

و هي (١) نصف عشر الدية) إلى هنا لفظ القدوري (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (معناه دية الرجل) أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل (و هذا في الذكر) أي نصف عشر الدية في الجنين الذكر (و في الأنثى) أي و في الجنين الأنثى (عشر دية المرأة و كل منهما خمسمائة درهم) أي كل واحد من نصف عشر دية الرجل و من عشر دية المرأة خمسمائة دزهم قوله غرة بضم الغين المعجمة و تشديد الراء المهملة و هو الخيار و غرة المال خياره كالفرس و البعير النجيب و العبد و الأمة الفارهة كذا في المغرب و في مبسوط شيخ الإسلام سمى بدل الجنين غرة لأن الواجب عبد و العبد يسمى غرة و قيل لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية و غرة الشيء أوله كما سمى أول الشهر غرة و سمى وجه الانسان غرة لأن أول شيء يظهر منه الوجه (و القياس أن لا يجب شيء) يعني في الجنين (لأنه لم يتيقن بحياته) لأنه يحتمل أنه مات في بطن أمه بفعل الضارب و يحتمل أنه كان ميتا قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك و لهذا لا يجب شيء في أجنة البهائم ألا ترى أن من ضرب شاة فألقت جنينا ميتا كان عليه نقصانها و لا شيء عليه في الجنين (و الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) هذا جواب عما يقال الظاهر أنه حي أو معد للحياة فأجاب بقوله و الظاهر لا يصلح أن يكون حجة لاستحقاق شيء كما في جنين البهيمة يعني لا يصلح حجة للإلزام على الغير و إنما قيد به لأن الظاهر يعتبر إذ لم يكن فيه إلزام الغير كما في رضيع أحد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل لأن الظاهر به سلامة الأعضاء من ذلك كما ذكره في أول كتاب الديات و بالقياس قال زفر رحمه الله تعالى ذكره في الذخيرة (وجه الاستحسان ما روى عن النبي عليه الصلاة و السلام أنه قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة) هذا غريب (و يروى أو خمسمائة) هذا رواه (٢) الطبراني في معجمه من حديث أبي المليح عن أبيه مطولا

=> و قال الموفق في المغني (ص٥٤٣ ج٩) و إذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففي كل واحد غرة و بهذا قال الزهري و مالك و الشافعي و اسحاق رحمهم الله تعالى و قال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم اه. (١) و هي نصف عشر الدية. قال الموفق في المغني (ص ٥٤١ ج٩) إن الغرة قيمتها نصف عشر الدية و هي خمس من الابل روى ذلك عن عمر و زيد رضي الله تعالى عنهما و به قال النخعي و الشعبي و ربيعة و قتادة و مالك و الشافعي و اسحاق و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى اه. (٢) رواه الطبراني الخ. كذا في نصب الراية ص ٣٨١ ج٤ و في سنده المنهال بن خليفة وثقه أبو حاتم وضعفه جماعة و بقية رجاله ثقات كذا في مجمع الزوائد ص ٤٧٠ ج٦.

فتركنا القياس بالأثر و هو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى و هي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم

و فيه غرة عبد أو أمة أو خمسمائة و الحديث (١) في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة و ليس فيه ذكر الخمسمائة و روى (٢) محمد بن الحسنؒ في موطأه عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو وليدة فقال الذي قضى عليه كيف أغرم من لا شرب و لا أكل و لا نطق و لا استهل و مثل ذلك يطل قال فقال رسول الله ﷺ إنما هذا من إخوان الكهان قوله غرة (٣) عبد بالصفة و يروى بالإضافة و الأول أحسن (فتركنا القياس بالأثر) أي بالحديث من النبي ﷺ و بالأثر من غيره و روى (٤) ابن أبي شيبةؒ في مصنفه حدثنا اسماعيل بن عياش عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قوم الغرة خمسين دينارا و أخرج (٥) أبو داودؒ في سننه عن الشعبي رحمه الله تعالى قال الغرة خمسمائة يعني درهما (و هو) أي الحديث المذكور (حجة على من قدرها) أي الغرة (بستمائة نحو مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى) اعلم أنه لا اختلاف بيننا و بينهم في أن قيمة الغرة نصف عشر الدية و إنما الاختلاف في الدية فعندهم الدية اثنا عشر ألفا فقيمة الغرة ستمائة و عندنا الدية عشرة آلاف فقيمة الغرة خمسمائة (و هي) أي الغرة (على العاقلة) أي عاقلة الضارب (عندنا) أي عند أئمتنا رحمهم الله تعالى (إذا كانت خمسمائة درهم) قال الكاكيؒ يحترز به عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة و لكن هذا لا يصح لأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب ذكره في الايضاح و الذخيرة و غيرهما و قال الاترازيؒ و قوله إذا كانت خمسمائة درهم كأنه سهو القلم و ينبغي أن يكون إذ بسكون الذال بلا ألف بعدها يعني أنها إنما تجب على العاقلة

(١) الحديث في الصحيحين. الصحيح للبخاريؒ كتاب الديات باب جنين المرأة الخ ص ١٠٢٠ ج٢ و الصحيح لمسلمؒ كتاب القسامة باب دية الجنين الخ ص ٦٢ ج٢. (٢) روى محمد بن الحسنؒ في الديات باب دية الجنين ص ٢٩٦. (٣) غرة عبد قال الاسماعيليؒ قراءة العامة بالاضافة يعني باضافة الغرة إلى العبد و غيرهم بالتنوين قلت على هذا الوجه يكون العبد بدلا من الغرة و حكى القاضي عياضؒ الاختلاف و قال التنوين أوجه لأنه بيان للغرة ما هي و قال الباجيؒ يحتمل أن يكون أو يعني في قوله عبد أو أمة شكا من الراوي في تلك الواقعة المخصوصة و يحتمل أن يكون للتنويع و هو الأظهر و قيل المرفوع من الحديث قوله بغرة و أما قوله عبد أو أمة فمن الراوي و قال ابن الأثيرؒ و قد جاء في بعض الروايات في هذا الحديث بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل و قيل إن الفرس و البغل غلط من الراوي كذا في العمدة للعينيؒ. (٤) روى ابن أبي شيبةؒ في الديات (باب) في قيمة الغرة ما هي ص ٢٥٤ ج٩. (٥) أخرج أبو داودؒ في الديات باب دية الجنين ص ٢٨٢ ج٢.

و قال مالك رحمه الله تعالى تجب في ماله لأنه بدل الجزء ولنا أنه عليه الصلاة و السلام قضى بالغرة على العاقلة و لأنه بدل النفس و لهذا سماه عليه الصلاة و السلام دية حيث قال دوه و قالوا أ ندى من لا صاح و لا استهل الحديث

لأنها مقدرة بخمسمائة درهم و العاقلة تعقل خمسمائة و لا تعقل ما دونها ثم قال و تكلف بعضهم في توجيه ذلك فقال إنه احترز به عن جنين الأمة إذا لم تبلغ قيمته خمسمائة فذاك ليس بشيء لأن ما يجب في جنين الأمة فهو في مال الضارب حالا و لا تتحمله العاقلة و به صرح الكرخيّ في مختصره و قال الكرخيّ أيضا و لا كفارة على الضارب و الغرة لورثة الجنين و لا يرث الضارب منها شيئا إن كان من ورثة الجنين و نقل الاكملّ كلام الاثنين في شرحه (و قال مالك رحمه الله تعالى تجب) أي الغرة (في ماله لأنه بدل الجزء) أي جزء الآدمي فصار كقطع اصبع من أصابعه (و لنا أنه عليه الصلاة و السلام) أي أن النبي ﷺ (قضى بالغرة على العاقلة) أي حكم بوجوب الغرة على عاقلة الضارب رواه (١) ابن أبي شيبةّ في مصنفه من حديث الشعبي عن جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ جعل في الجنين غرة على عاقلة القاتلة (و لأنه بدل النفس) أي و لأن الغرة بدل النفس وذكر الضمير باعتبار المذكور (و لهذا) أي و لكونه بدل النفس (سماه عليه الصلاة و السلام دية حيث قال دوه) أي أدوا ديته و هو أمر للجماعة من وداه يديه دية إذا أدى ديته و أصل دوه اوديوه لأنه من يدى أصله يودى فحذفت الواو لوقوعها بين الياء و الكسرة كما حذفت في يعد أصله يوعد فلما حذفت منها الواو حذفت من الأمر تبعا لفعله فلما حذفت استغنت عن الهمزة فحذفت منها و صار ديوه ثم لما ثقلت الضمة على الياء نقلت إلى الدال بعد حذف حركتها المكسورة فالتقى الساكنان حذف أولهما صار دوه (و قالوا أ ندَى) أي قال الذين أمرهم النبي ﷺ بالدية أ ندى (من لا صح و لا استهل الحديث) أي اقرأ الحديث بتمامه و تمامه ما رواه (٢) الطبرانيّ في معجمه حدثنا محمد بن عبدالله الحضرمي حدثنا محمد بن عبدالله الحضرمي حدثنا محمد بن عبدالله بن أبي ليلى حدثني أبي عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مجاهد عن حمل بن مالك ابن النابغة الهذلي رضي الله تعالى عنه أنه كانت عنده امرأة فتزوج عليها أخرى فتغايرتا فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فطرحت ولدا ميتا فقال لهم رسول الله ﷺ دوه فجاء وليها فقال أ ندى من لا شرب و لا أكل و لا استهل فمثل ذلك يطل فقال رجز الأعراب نعم دوه فيه غرة

---

(١) رواه ابن أبي شيبةّ في الديات (باب) الغرة على من هي ٢٥٥ ج٩. (٢) رواه الطبرانيّ الخ. كذا في نصب الراية ص٣٨٢ ج٤.

إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة و تجب فى سنة و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى ثلاث سنين لأنه بدل النفس و لهذا يكون موروثا بين ورثته و لنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة و السلام جعل (١) على العاقلة فى سنة و لأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الإتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول فى حق التوريث و بالثانى فى حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة

عبد أو أمة أو وليدة انتهى و حمل بفتح الحاء المهملة و بفتح الميم اسم إحدى المرأتين مليكة و الأخرى أم غطيف و قال أبو موسى الحافظ في كتاب الأمالى فى باب الغين المعجمة أم غطيف الهذلية هى التى ضربتها مليكة فأسقطت (إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة) قال الأترازى هذا يتعلق بقوله و هى على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة و كأنه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقل العاقلة كما فى جنين الأمة و قال الأكمل قوله إلا أن العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة و أنتم قيدتم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم و قد علمتم ما يرد عليه من النظر انتهى قلت أراد به ما نقلناه عن الكاكى و عن الأترازى من قبل (و تجب فى سنة) أى تجب الغرة على العاقلة فى سنة (و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى ثلاث سنين) أى تجب فى ثلاث سنين فان قيل ذكر فى وجيزهم (٢) إن غرة الجنين تجب فى سنة كمذهبنا و أجيب بأنه يحتمل أن يكون عن الشافعى رحمه الله تعالى روايتان فليتأمل (لأنه) أى لأن الغرة (بدل النفس) أى نفس الجنين و ما وجب فى قتل النفس مؤجل إلى ثلاث سنين (و لهذا) أى و لكونه بدل النفس (يكون موروثا بين ورثته) أى ورثة الجنين سوى الضارب (و لنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى أنه قال بلغنا أن رسول الله ﷺ جعل على العاقلة فى سنة) هذا (١) غريب (و لأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الإتصال بالأم) حاصل الكلام أن الجنين له شبهان شبه بالنفس و شبه بالعضو أما الشبه بالنفس فمن حيث أنه حى بحياة و نفسه نفس على حدة و أما الشبه بالعضو فمن حيث أنه متصل بالأم كعضو من أعضائها (فعملنا بالشبه الأول فى حق التوريث و بالثانى) أى عملنا بالشبه الثانى (فى حق التأجيل إلى سنة لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة)

---

(١) جعل. ن. جعله. (٢) وجيزهم أى وجيز الشوافع مع العزيز ص٤٨٦ ج١٠. (٣) هذا غريب كذا فى نصب الراية ص٣٨٣ ج٤.

بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين و يستوى فيه الذكر و الأنثى لاطلاق ما روينا و لأن فى الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معانى الآدمية و لا تفاوت فى الجنين فيقدر بمقدار واحد و هو خمسمائة. قال فإن ألقت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لأنه أتلف حيا بالضرب السابق

أى فى سنة واحدة و قوله أكثر بدون الواو العاطفة فى أوله هو الصحيح من النسخ و فى بعضها أو أكثر و فى بعضها مع أكثر و كلاهما غير صحيح لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر و هو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل أو بدلا منه و قال الأكملُ و لعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا و لكن لم يبين وجهه و قال الأترازيُ و لنا فى التقييد بالأكثر نظر لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب فى سنة فكان ينبغى أن يقول لأن بدل العضو إذا كان نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب فى سنة (بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشرون رجلا فى قتل رجل خطأ فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية فى ثلاث سنين (و يستوى فيه) أى فى وجوب قدر الغرة (الذكر و الأنثى) و به قال الشافعى و أحمد و عامة أهل العلم رحمهم الله تعالى (لاطلاق ما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام فى الجنين غرة عبد أو أمة (و لأن فى الحيين) هذا دليل معقول على التساوى بين الذكر و الأنثى فى الغرة و قوله الحيين بالحاء المهملة تثنية حى و أراد بهما الولدين المنفصلين الحيين أحدهما ذكر و الآخر أنثى (إنما ظهر التفاوت) فى الدية بأن كان دية الذكر ألف دينار و دية الأنثى خمسمائة دينار (لتفاوت معانى الآدمية) فى المالكية فان الذكر مالك مالاً و نكاحا و الأنثى مالكة مالاً مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية و هذا المعنى مؤثر فى البدل و هو الدية (و لا تفاوت فى الجنين) لأن مالكية التصرفات و الشهادة و غيرها توجد فى المولود و لا يوجد هذا المعنى فى الجنين حتى يتصور فيه معنى التفضيل فيبقى فيه وصف الآدمية فحسب فإذا كان كذلك (فيقدر بمقدار واحد و هو خمسمائة) لأن الأجنة سواء فى وصف الآدمية فقط به. (قال) أى القدوريُ (فإن ألقت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لأنه) أى لأن الضارب (أتلف حيا بالضرب السابق) و لا (١) خلاف لأهل العلم فيه قاله ابن المنذرُ و لكنهم اختلفوا فى هذه المسألة فى ثلاثة فصول أحدها أنه تثبت حياته بكل أمارة يدل عليها من الاستهلال أو الإرتضاع أو النفس أو العطاس أو غيره و هو قولنا و قول الشافعى رحمه الله تعالى و رواية عن

---

(١) لا خلاف الخ. كذا فى المغنى ص ٥٥٠ ج ٩.

و إن ألقت ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم و غرة بالقائها و قد صح أنه عليه الصلاة و السلام قضى في هذا بالدية و الغرة و إن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم و دية في الجنين لأنه قاتل شخصين و إن ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية في الأم و لا شيء في الجنين و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتا و هي حية

احمد رحمه الله تعالى و قال مالك و أحمد في رواية و الزهري و قتادة و اسحاق رحمهم الله تعالى لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال و هو الصياح و هو قول عمر و ابن عباس و الحسن بن علي و جابر رضي الله تعالى عنهم و الثاني قال أحمد و المزني رحمهما الله تعالى لو كان سقوطه لستة أشهر فصاعدا تجب الدية الكاملة فان كان لدون ذلك ففيه غرة و قال الشافعي رحمه الله تعالى فيه دية كاملة و الثالث قال أحمد رحمه الله تعالى إنما تجب دية إذا علم موته بسبب الضربة و يحصل ذلك بسقوطه في الحال و بقائه متألما إلى أن يموت أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه (و إن ألقت ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم و غرة بالقائها) هذا أيضا من القدوري (و قد صح أنه عليه الصلاة و السلام قضى في هذا بالدية و الغرة) لم يذكر أحد من الشراحؒ هذا الحديث حتى قال المخرجؒ نظرت الكتب الستة فلم أجده بهذا المعنى و الذى (١) فيها عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لبنيها و لزوجها و أن العقل على عصبتها (و إن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم و دية في الجنين) ذكر هذا تفريعا على مسألة القدوري (لأنه قاتل شخصين) و ذلك لأنه لما انفصل عنها حيا اعتبر حكمه بنفسه بدلالة أنه يجب فيه أرش كامل فصار قاتلا للإثنين (و إن ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية في الأم و لا شيء في الجنين) هذا لفظ القدوري و به قال مالك رحمه الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب الغرة في الجنين) و به قال أحمد رحمه الله تعالى (لأن الظاهر موته) أي موت الجنين (بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتا) أي حال كونه ميتا (و هي حية) أي و الحال

---

(١) والذى فيها أي في الكتب الستة الخ. قلت أخرجه البخاريؒ في الديات باب جنين المرأة الخ ص ١٠٢٠ ج٢ و مسلمؒ في القسامة باب دية الجنين الخ ص ٦٢ ج٢ و أبو داودؒ في الديات باب دية الجنين ص ٢٨١ ج٢ و الترمذيؒ فيه باب ما جآء في دية الجنين ص ١٦٩ ج١ مختصرا و النسائيؒ في باب دية الجنين ص ٢٤٨ ج٢ و ابن ماجةؒ في الديات باب دية الجنين ص ١٩٤ مختصرا.

و لنا أن موت الأم أحد سببى موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك. قال و ما يجب فى الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته و لا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة و لا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة و لا ميراث للقاتل. قال و فى جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا و عشر قيمته لو كان أنثى و قال الشافعي رحمه الله تعالى فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه و ضمان الأجزاء يؤخذ

أن الام بالحياة (و لنا أن موت الأم أحد سببى موته) أى موت الجنين و السبب الآخر الضرب (لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها) فيتمكن الاشتباه (فلا يجب الضمان بالشك) فى سبب هلاكه حين الانفصال و قال تاج الشريعة فان قلت عموم قوله عليه الصلاة و السلام غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من إضمار فيصير كأنه قال فى إتلاف الجنين غرة و الشك واقع فى ذلك. (قال) أى القدورى (و ما يجب (١) فى الجنين موروث عنه) يعنى غرة الجنين بين ورثته و قال الليث غرة الجنين لأم الجنين (لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته و لا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة و لا يرث منها) أى و لا يرث الأب من الغرة (لأنه قاتل بغير حق مباشرة) أى من حيث المباشرة لا من حيث التسبب (و لا ميراث للقاتل) بالنص. (قال) أى القدورى (و فى جنين (٢) الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا و عشر قيمته لو كان أنثى) بيانه أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه و هيأته لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فاذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكرا فوجب نصف عشر قيمته و إن كان أنثى يجب عشر قيمته و لو لم يعلم ذكورة الجنين و لا أنوثته يؤخذ بالمتيقن كمن قتل عبدا خطأ و المقتول خنثى مشكل فانه يجب المتيقن كذا هنا و لو ضاع الجنين و لا يمكننا تقويمه باعتبار لونه و هيأته لو كان حيا و وقع التنازع فى قيمته بين الضارب و بين مولى الأمة المضروبة كان القول للضارب لأنه منكر للزيادة كمن قتل عبدا خطأ و وقع فى قيمته التنازع بين صاحب القتيل و القاتل و عجز القاضى عن تقويمه باعتبار حاله و هيأته لو كان حيا كان القول للقاتل مع اليمين كذا هنا الكل من الذخيرة (و قال الشافعي رحمه الله تعالى فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه و ضمان الأجزاء يؤخذ

---

(١)و ما يجب الخ. و به قال مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى كما فى المغنى ص٥٤٢ ج٩. (٢)و فى جنين الأمة أى الذى لا تحمله من مولاها و لا من المغرور لأن الحمل من أحدهما حر فتجب الغرة ذكرا كان أو أنثى كفاية.

مقدارها من الأصل ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان من الأصل و لا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم و هذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر إن شاء الله تعالى

مقدارها من الأصل) لأنه جنين مات بالجناية في بطن الأم فلم يختلف ضمانه بالذكورة و الأنوثة كجنين الحرة لإطلاق النصوص و به قال (١) مالك و أحمد و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و هو قول الحسن و النخعي و الزهري و قتادة و إسحاق رحمهم الله تعالى و عن بعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى يعتبر قيمته يوم أسقطت (و لنا أنه بدل نفسه) أي أن الغرة بدل نفس الجنين و تذكير الضمير على معنى وجوب الغرة (لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل) حتى لو قلع سنا ثم نبتت مكانه أخرى لم يجب شيء (و لا معتبر به) أي بظهور النقصان في الأم (في ضمان الجنين فكان) أي الجنين (بدل نفسه فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الأم لأن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجب ضمان النقصان) أي نقصان الأم (لو انتقصت الأم اعتبارا (٢) بجنين البهائم) أي قياسا على جنين البهائم فإن النقصان يجب فيها بلا خلاف لأحد هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الأمة قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و هو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و عنه في رواية أنه لا يجب إلا نقصان الأم إن تمكن فيها نقص و إن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة (و هذا) أي هذا الخلاف (لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده) أي عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و عندهما ضمان الجناية (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) أشار إلى ما يذكره في باب جناية المملوك في أول الفصل الذي بعده في مسألة قتل العبد خطأ بقوله لهما أن الضمان بدل المالية و قال الكاكي و هذا بناء على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى هو بمنزلة ضمان المال حتى يجب بالغا ما بلغ و عندهما بدل النفس و لهذا لا يزاد على

(١) و به قال مالك الخ. كذا في المغني ص٥٤٤ ج٩. (٢) اعتبارا بجنين البهائم و يجب في جنين البهيمة ما نقصت الأم إن نقصت و إن لم تنقص الأم لا يجب فيه شيء در مختار عن سراجية هذا إذا ألقته ميتا أما إذا ألقته حيا فمات من الضرب تجب قيمته في ماله حالة و لا يجبر بها نقصان الأم كما يجبر نقصان الأمة بقيمة جنينها لأنه مال أتلفه فيضمنه مع نقصان الأم تأمل شامي عن رملي.

فصح الإعتبار على أصله. قال فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه (١) قيمته حيا و لا تجب الدية و إن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق و قد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية و تجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا إياه و هو حي فنظرنا إلى حالتي السبب و التلف و قيل هذا عندهما و عند محمد رحمه الله تعالى تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى. قال و لا كفارة في الجنين

مقدار المالية كذا في المبسوط (فصح الاعتبار على أصله) أى صح اعتبار البهائم على أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فإن ضربت) بصيغة المجهول أى الأمة (فأعتق (٢) المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه (٣) قيمته حيا) أى قيمة الولد لو فرض حيا (و لا تجب الدية و إن مات بعد العتق) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأنه قتله بالضرب السابق و قد كان في حالة الرق) أى و الحال أن الضرب قد كان في حالة الرق (فلهذا تجب القيمة دون الدية و تجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا إياه و هو حي فنظرنا إلى حالتي السبب و التلف) يعني أوجبنا القيمة دون الدية إعتبارا بحالة الضرب و أوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا بحالة التلف و لا يقال إن هذا اعتبار بحالة الضرب فحسب لأن الواجب في تلك الحالة قيمته حيا أيضا لأنا نقول جاز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة (و قيل هذا عندهما) يعني قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغر ففيه قيمته حيا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (و عند محمد رحمه الله تعالى تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب) أى يجب تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم و قيمته مضروبا ثمان مائة يجب على الضارب مائتا درهم (لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى) أى في باب جناية المملوك في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك. (قال) أى القدوري (و لا كفارة (٤) في الجنين) قال الكرخي في مختصره و لا كفارة

---

(١)ففيه.ن. فعليه. (٢)فأعتق المولى الخ. فلو حرره قبل الضرب و له أب حر ففيه الغرة للأب دون المولى شامية عن تاترخانية. (٣)ففيه قيمته حيا. قال أبو الليث لم يذكر محمد رحمه الله تعالى أنها للمولى أو لورثة الجنين فيجوز أن يقال إنها للمولى لاستناد الضمائر إلى الضرب و وقت الضرب كان مملوكا اتقاني ملخصا وذكر في التاترخانية اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى فقيل لورثته و قيل للمولى شامية. (٤)و لا كفارة في الجنين أى إن وقع ميتا و إن خرج حيا ثم مات ففيه الكفارة كذا صرح به في الحاوى القدسي در مختار و كذا صرح به في الاختيار شامية.

و عند الشافعي رحمه الله تعالى تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا و لنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة و قد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها (١) و لهذا لم يجب كل البدل قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له و يستغفر مما صنع و الجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام

على الضارب و إن سقط كامل الخلق ميتا و لا كفارة فيه إلا أن يشاء ذلك فإن فعل ذلك فهو أفضل و ليس ذلك عليه عندنا بواجب و ليتقرب إلى الله تعالى بما استطاع من خير و ليستغفر الله تعالى مما صنع (و عند الشافعي رحمه الله تعالى تجب) أي الكفارة و به (٢) قال مالك و أحمد و أكثر (٣) أهل العلم رحمهم الله تعالى (لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا و لنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة و قد عرفت) أي العقوبة (في النفوس المطلقة) أي الكاملة و الشرع قدر بإيجابها فيها (فلا يتعداها) أي فلا يتعدى وجوبها النفوس المطلقة و لأن الجنين جزء من وجه بدليل أنه يعتق بعتق الأم و يتغذى بغذائها و يتنفس بتنفسها و لا يكمل أرشه كسائر الأعضاء حيث لا يجب فيه دية كاملة أشار إليه بقوله (و لهذا لم يجب كل البدل قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى (إلا أن يشاء ذلك) أي إلا أن يشاء الضارب إعطاء الكفارة (لأنه) أي لأن الضارب (ارتكب محظورا فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له و يستغفر) أي يستغفر الله (مما صنع) و قد ذكرنا هذا عن الكرخيّ عن قريب (و الجنين الذي قد استبان (٤) بعض خلقه) قيد به لأنه لو لم يستبن شيء من خلقه لا يكون بمنزلة الولد هو إن كان علقة فلا حكم لها في حق هذه الأحكام و لا يعلم فيه خلاف أما لو ألقت مضغة و لم يتبين فيه شيء من خلقه فشهدت ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي و لو بقي لتصور فلا غرة فيه و به (٥) قال الشافعي رحمه الله تعال في الأصح و أحمد رحمه الله تعالى في رواية لأنه كالعلقة و النطفة و عندنا فيه حكومة و قال الشافعي رحمه الله في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية فيه الغرة و به قال مالك رحمه الله تعالى (بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام)

---

(١)فلا تتعداها. ن. فلا يتعداها. (٢) و به قال مالكٌ الخ. كذا في المغني ص٥٥٦ ج٩. (٣)و اكثر أهل العلم منهم الحسن و عطاء و الزهري و الحكم و اسحاق رحمهم الله تعالى و روى وجوب الكفارة عن عمر رضي الله تعالى عنه كما في المغني. (٤)قد استبان بعض خلقه كظفر و شعر در مختار تقدم في باب الحيض أنه لا يستبين خلقه إلا بعد مائة و عشرين يوما و ظاهر ما قدمه عن الذخيرة أنه لا بد من وجود الرأس رد المحتار. (٥)و به قال الشافعيّ الخ. كذا في الوجيز مع العزيز ص ٥١٠ ج١٠ و ص٤٤٨ ج٩ و المغني ص٥٣٩ ج٩.

لإطلاق ما روينا و لأنه ولد في حق أمومية الولد و انقضاء العدة و النفاس و غير ذلك فكذا في حق هذا الحكم و لأن بهذا القدر يتميز عن العلقة و الدم فكان نفسا والله أعلم.

نحو انقضاء العدة و كون المرأة نفساء و كون الأمة أم ولد إذا ادعاه المولى و انقطاع الرجعة و عدم جواز الوطء في نفاسها (لإطلاق ما روينا) و هو أن النبي ﷺ قضى بالغرة في الجنين و لم يفصل حيث قال و في الجنين غرة (و لأنه) أي و لأن الجنين (ولد في حق أمومية الولد و انقضاء العدة و النفاس و غير ذلك) مما ذكرنا الآن (فكذا في حق هذا الحكم) أي في وجوب العدة (و لأن بهذا القدر) أي باستبانة بعض خلقه (يتميز عن العلقة (١) و الدم فكان نفسا و الله أعلم) لأنه ليس بعد العلقة إلا أن يكون نفسا و في الفتاوى الصغرى المرأة إذا ضربت بطن نفسها متعمدة (٢) أو شربت دواء يسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها الغرة و نقله عن الزيادات و في الواقعات على عاقلتها الدية في ثلاث سنين إن كانت لها عاقلة إن لم تكن فذاك من مالها و لا ترث منها شيئا و عليها الكفارة و لو ألقت جنينا ميتا تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة و لو كان الشرب لإصلاح البدن فلا شيء عليهما و في الذخيرة شربت أو حملت حملا ثقيلا أو وضعت في قبلها شيئا حتى ألقت جنينا فعلى عاقلتها الغرة خمسمائة في سنة إن فعلت متعمدة بغير إذن الزوج و إن فعلت بإذنه فلا ضمان و عند الأئمة الثلاثة و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى تجب الغرة على عاقلتها بالإذن و بغير الإذن و يجب الكفارة أيضا و في الذخيرة اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها أو شربت دواء أو عالجت قبلها متعمدة فسقط الجنين ميتا ثم استحقت و قضى للمستحق بالجارية و عقرها على المشتري يقال للمستحق لقد قتلت أمتك ولدها و إنه ولد هذا المشتري لأن ولد المغرور حر بالقيمة و الجنين الحر مضمون بالغرة فادفع امتك أو افدها بغرة الجنين الحر و لا يعلم فيه خلاف.

---

(١) العلقة. و في المغرب: العلق (محركة) الدم الجامد الغليظ لتعلق بعضه ببعض و القطعة منه علقة (محركة) اه.
(٢) متعمدة و إن لم تكن متعمدة فلا شيء عليها و في حق غيرها لا يشترط تعمد إسقاط الولد خانية.

باب ما يحدثه الرجل فى الطريق

قال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس

(باب (١) ما يحدثه الرجل فى الطريق)

أى هذا باب فى بيان حكم ما يحدثه الرجل فى طريق الناس من أنواع الأشياء التى ذكرها المصنف رحمه الله تعالى (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من أخرج إلى الطريق (٢) الأعظم كنيفا) و هو المستراح و هو بيت الخلاء (أو ميزابا) ذكره الجوهرىؒ فى مادة وزب و قال المئزاب المثعب فارسى معرب و قد عرب بالهمز و ربما لم يهمز و الجمع المآزيب إذا همزت و ميازيب إذا لم تهمز و ذكر أيضا فى باب أزب و قال المئزاب المرذاب و ربما لم يهمز و قال فى مادة رزب بالراء ثم الزاى المرزاب لغة فى الميزاب و ليست بالفصيحة و قال المثعب بالفتح وأحد مثاعب الحياض و الثعب بالتحريك مسيل الماء فى الوادى و جمعه ثعبان (أو جرصنا) بضم الجيم و سكون الراء و ضم الصاد و بالنون الخفيفة و فى المغرب الجرصن دخيل أى ليس بعربى أصلى و هو جذع يخرجه الإنسان من الحائط إلى الطريق ليبنى عليه و فسره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى بالبرج الذى يكون فى الحائط و قال فخر الإسلامؒ اختلف فيه فقال بعضهم هو البرج و قال (٣) بعضهم هو مجرى ماء مركب فى الحائط ناتئ و هو فارسى معرب إذ ليس فى العربية كلام على هذا التركيب أعنى الجيم و الراء و الصاد بل مهمل فى كلامهم فكيف ما كان فهو يشغل حق المسلمين (أو بنى دكانا (٤)) قال الجوهرى الدكان واحد الدكاكين و هى الحوانيت فارسى معرب (فلرجل من عرض الناس) العرض (٥) بالضم الجانب و فلان من عرض العشيرة أى من شقها لا من صميمها و قيل المراد من العرض هنا أبعد الناس منزلة أى أضعفهم و أرذلهم

---

(١)باب ما يحدثه الرجل الخ. لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسببيا و الأول أولى بالتقديم إما لأنه قتل بلا واسطة و إما لكثرة وقوعه عناية. (٢)الطريق الاعظم و هو طريق العامة النافذة الواقعة فى الأمصار و القرى دون الطريق فى المفاوز و الصحارى لأنه يمكن العدول عنها غالبا كما فى الزاهدى و طريق العامة ما لا يحصى قومه أو ما تركه للمرور قوم بنوا دورا فى أرض غير مملوكة فهى باقية على ملك العامة و هذا مختار شيخ الاسلامؒ و الأول مختار الامام الحلوانىؒ كما فى العمادى قهستانى شامى. (٣)قال بعضهم الخ. قال العينىؒ فى رمز الحقائق: الجرصن هو الممر على العلو و هو مثل الرف و قيل هى الخشبة الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من المرور و قيل هو الذى يعمل قدام الطاقة لتوضع عليه كيزان و نحوها اه. (٤)دكانا و هو الموضع المرتفع مثل المصطبة رمز الحقائق. (٥)العرض الخ. كذا فى المغرب.

أن ينزعه لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه و بدوابه فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا فى الحق المشترك قال و يسع للذى عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور و لا ضرر فيه فيلحق ما فى معناه به

(أن ينزعه (١) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه و بدوابه فكان له) أى لعرض الناس (حق (٢) النقض) سواء كان فيه ضرر أو لا إذا وضع بغير (٣) إذن الإمام لأن اليد فيما يكون للعامة للامام و له ولاية المنع قبل الوضع أيضا و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لكل أحد المنع قبل الوضع و قال محمد رحمه الله تعالى ليس له أن يمنع ابتداء و لا أن يخاصم بالرفع بعد الوضع إذا لم يكن فيه ضرر و به قال الشافعي و مالك و أحمد و النخعي و الأوزاعي و إسحاق رحمهم الله تعالى و فيما يضر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام أو لم يأذن و اختلف فيما لا يضر قيل إن كان شارعا يمر فيه الجيوش و الأحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس و رمحه منصوب لا يبلغه و قال الأكثرون لا يقدر بذلك بل يكون لا يضر بالعمارات و المحامل و فى المبسوط لا يقضى عليه بالهدم بخصومة العبيد و الصبيان المحجورين و يقضى بالهدم إذا خاصمة الذمى فإن له حقا فى الطريق فإن بنى شيئا للعامة لا يضر بالمسلمين لا ينقض كذا روى عن محمد رحمه الله تعالى و كذا لو قعد للبيع و الشراء لا يضر بالمسلمين لا يمنع و إن كان يضر يمنع و أما الضمان فالذى أخرجه ضامن لما تلف به لكن المتلف إن كان آدميا فالضمان على عاقلته (كما فى الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا فى الحق المشترك) لكل واحد منعه (و يسع (٤) للذى عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور و لا ضرر فيه فيلحق ما فى معناه به) أى فيلحق ما فى معنى المرور بالمرور قال الأترازىّ يعني يجوز له

---

(١)أن ينزعه أى مطالبته بالنزع رمز. (٢)حق النقض. قال اسماعيل الصفارّ إنما ينقض بخصومته إذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت إلى خصومته لأنه لو أراد به إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه و حيث لم يزل ما فى قدرته علم أنه متعنت زيلعى. (٣)بغير إذن الامام فان أذن فليس لأحد أن يلزمه و أن ينازعه لكن لا ينبغى للامام أن يأذن به إذا ضر بالناس بأن الطريق ضيقا و لو رأى المصلحة مع ذلك و أذن جاز اه حموى عن مسكين و فى الشمنى أنه مع الضرر لا يجوز بلا خلاف أذن الامام أو لم يأذن اه ط و لعل المراد يأثم به و إن لم يكن لأحد منازعته لأن منازعة ما يوضع باذن الامام افتيات على الامام فلا يخالف ما قبله تأمل شامى و الافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت و هو السبق مغرب. (٤)و يسع الخ. و فى القهستانى و يحل له الانتفاع بها و إن منع عنه كما فى الكرمانى و قال الطحاوىّ إنه لو منع عنه لا يباح له الاحداث و يأثم بالانتفاع و الترك كما فى الذخيرة شامية.

إذ المانع متعنت فإذا أضر بالمسلمين كره ذلك لقوله عليه الصلاة و السلام لا ضرر و لا ضرار في الإسلام. قال و ليس لأحد من أهل الدرب

الانتفاع بالحوض و نحوه مالم يضر بغير كالمرور (إذ المانع متعنت) أى المانع من الانتفاع بما لا ضرر فيه لأحد متعنت و هو الذى يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه و لا لغيره (فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام) هذا (١) الحديث روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم جابر رضى الله تعالى عنه روى حديثه الطبرانىّ فى معجمه الوسط عن جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام و منهم عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه روى(٢) حديثه ابن ماجةّ عن عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر و لا اضرار و منهم ابن عباس رضى الله تعالى عنهما روى (٣) حديثه ابن ماجةّ أيضاو منهم أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه روى حديثه الحاكمّ فى المستدرك و لفظه لا ضرر و لا ضرار من ضرضره الله و من شق شق الله عليه و منهم أبو هريرة رضى الله تعالى عنه روى (٤) حديثه الدارقطنىّ فى سننه و لفظه لا ضرر و لا ضرورة و منهم عائشة رضى الله تعالى عنها روى (٥) حديثها الدارقطنىّ و لفظه لا ضرر (٦) و لا ضرار و قال ابن الأثيرّ الضرر ضد النفع ضره يضره ضرا و ضرارا و أضر به يضر إضرارا فمعنى قوله لا ضرر أى لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه و الضرار فعال من الضر أى لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه و الضرر فعل الواحد و الضرار فعل الاثنين و الضرر ابتداء الفعل و الضرار الجزاء عليه و قيل الضرر ما تضر به صاحبك و تنتفع به أنت و الضرار أن تضره من غير أن تنتفع به و قيل هما بمعنى واحدو التكرار للتأكيد (و ليس (٧) لأحد من أهل الدرب) و هو الباب الواسع على السكة و المراد هنا السكة

(١)هذا الحديث الخ. راجع له نصب الراية ص٣٨٤ ج٤. (٢)روى حديثه ابن ماجةّ فى الأحكام باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره ص١٧٠. (٣)روى حديثه ابن ماجةّ فى الباب المذكور آنفا. (٤)روى حديثه الدارقطنىّ فى الأقضية ص٢٢٨ ج٤. (٥)روى حديثها الدار قطنىّ فى الأقضية ص٢٢٧ ج٤. (٦)لا ضرر و لا ضرار أى لا يضر الرجل أخاه ابتداء و لا جزاء لأن الضرر بمعنى الضر و هو يكون من واحد و الضرار من اثنين بمعنى المضارة و هو أن تضر من ضرك مغرب و الضرر فى الجزاء هو أن يتعدى المجازى على قدر حقه فى القصاص أو غيره كفاية. (٧)و ليس لأحد الخ. أقول فى الخانية قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الطريق لو كان غير نافذ فلأصحابه أن يضعوا فيه الخشبة و يربطوا فيه الدواب و يتوضئوا فيه فلو عطب أحد لا يضمن و إن بنى أو حضر بئرا ضمن اه و فى جامع الفصولين أراد أن يتخذ طينا فيه فلو ترك من الطريق قدر المرور و يتخذ فى الاحايين مرة و يرفعه سريعا فله ذلك و لكل إمساك الدواب على باب داره لأن السكة التى لا تنفذ كدار مشتركة و لكل من الشركاء أن يسكن فى بعض =>

الذى ليس بنافذ أن يشرع كنيفا و لا ميزابا إلا باذنهم لأنها مملوكة لهم و لهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا باذنهم و فى الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل فى حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الإنتفاع و لا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة و حكما. قال و إذا أشرع فى الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته لأنه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق و هذا من أسباب الضمان و هو الأصل و كذلك

الواسعة (الذى ليس بنافذ) قال فخر الإسلامؒ و المراد بغير النافذة المملوكة و ليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ و هى مملوكة و قد يسد منفذها و هى للعامة و لكن ذلك دليل على الملك غالبا فأقيم مقامه و وجب العمل به حتى يقوم الدليل على خلافه (أن يشرع كنيفا و لا ميزابا إلا باذنهم لأنها مملوكة لهم و لهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال) يعنى سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا (فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا باذنهم و فى الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل فى حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع و لا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة و حكما) أى من حيث الحقيقة و الحكم و هو ظاهر. (قال) أى القدورىؒ (و إذا أشرع) يقال أشرع بابا فى الطريق أى فتحه و أشرع رمحه أى رفعه (فى الطريق روشنا) هو الممر على العلو و قيل هو مثل الرف و قيل الروشن الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين ليتمكن من المرور و قال الجوهرىؒ الروشن الكوة ذكره فى باب رشن فيدل على أن الواو زائدة (أو ميزابا أو نحوه) مثل أن وضع جذعا أو صخرة شاخصة أو وضع جناحا (فسقط على إنسان فعطب) أى هلك أى الانسان (فالدية (١) على عاقلته) أى عاقلة مشرع الروشن أو غيره (لأنه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق و هذا) أى التسبيب بطريق التعدى (من أسباب الضمان) و لا خلاف لأحد فيه (و هو الأصل) أى التعدى هو الأصل فى باب الضمان (و كذلك) أى و كذلك تجب الدية

=> الدار لا أن يبنى فيها و إمساك الدواب فى بلادنا من السكنى اه و فى التاترخانية إن فعل فى غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه و يضمن حصة شركائه و إن من جملة السكنى فالقياس كذلك و الاستحسان لا يضمن شيئا اه و مثله فى الكفاية أقول و به ظهر أن المراد لا يجوز إحداث شىء مما مر كالميزاب و الدكان و نحو ذلك مما يبقى كما أفاده السائحانىؒ كذا فى الشامية. (١)فالدية على عاقلته و كذا لو جرحه إن بلغ أرشه أرش الموضحة و إن كان دونه ففى ماله كفاية.

إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب و كذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة و إن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذى أحدثه فيهما لأنه يصير كالدافع إياه عليه و إن سقط الميزاب نظر فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه و إن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذى وضعه لكونه متعديا فيه و لا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط و لا كفارة عليه و لا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة

على العاقلة (إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) يعنى الكنيف و الميزاب و الجرصن و الدكان المبنى على الطريق الأعظم (و كذا) أى و كذا تجب الدية على العاقلة (إذا تعثر (١) بنقضه انسان) النقض (٢) بضم النون و سكون القاف و هو اسم البناء المنقوض كذا فى ديوان الأدب و روى عن بعضهم بكسر النون (أو عطبت به دابة) ففى عطوب الدابة يجب ضمانها في ماله (و إن عثر بذلك) أى بالنقض (رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان (٣)على الذى أحدثه فيهما) أى فى الرجلين يعنى ضمان الرجلين على المحدث في الطريق (لأنه يصير كالدافع إياه عليه) و إذا نحى رجل شيئا من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان على الذى نحاه و قد خرج الأول من الضمان فإن قيل هذا محتسب فيما فعل حيث أماط الأذى عن الطريق أجيب بلى و لكنه (٤) أخطأ الحسبة حيث شغل موضعا آخر من الطريق (و إن سقط الميزاب) أى ميزاب رجل على رجل فقتله (نظر فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه و إن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان (٥)على الذى وضعه لكونه متعديا فيه و لا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه فى الحائط و لا كفارة عليه) أى على محدث الميزاب و غيره فى الطريق إذا مات به إنسان (و لا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة)

---

(١)تعثر. و فى التاج: عثر كضرب و نصر و علم و كرم عثرا بالفتح و عثيرا كأمير و عثارا ككتاب و تعثر إذا كبا اه. (١)إذا تعثر بنقضه انسان أى فعطب و فى بعض النسخ و كذا إذا عطب بنقضه أى انسان كفاية. (٢)النقض (بالضم فالسكون) البناء المنقوض و الجمع نقوض (بالضم) و عن الغورىّ النقض بالكسر لا غير مغرب. (٣)فالضمان الخ. و لا ضمان على الذى عثر به لأنه مدفوع فى هذه الحالة و المدفوع كالآلة عناية. (٤) لكنه أخطأ الحسبة الخ. و الحسبة التامة أن يطرحه فى موضع لا يكون ممرا أو يطرحه فى حفرة فى الطريق على وجه تمتلئ الحفيرة فيصير محتسبا من وجهين شلبى عن اتقانى عن اسبيجابى. (٥)فالضمان على الذى وضعه أى على عاقلته لأنه تسبب ط شامى.

و لو أصابه الطرفان جميعا و علم ذلك وجب النصف و هدر النصف كما إذا جرحه سبع و إنسان و لو لم يعلم أىّ طرف أصابه يضمن النصف اعتبارا للأحوال و لو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة و برئ إليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأن فعله و هو الوضع لم ينفسخ

و الكفارة و حرمان الميراث يجبان بالقتل حقيقة و لم (١) يوجد (و لو أصابه الطرفان جميعا) أى الطرف الداخل فى الحائط و الطرف الخارج عنه (و علم ذلك وجب النصف و هدر النصف) أى سقط النصف (كما إذا جرحه سبع و إنسان) يجب النصف و يهدر النصف (و لو لم يعلم أىّ طرف أصابه يضمن النصف اعتبارا (٢) للأحوال) يعنى يضمن فى حال بالنظر إلى الخارج عن الحائط و لا يضمن فى حال بالنظر إلى الداخل فيضمن نصف الضمان (و لو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة و برئ (٣) إليه منها) أى برئ البائع بتسليمه للمشترى مما يحدث من الخشبة (و تركها المشترى حتى عطب بها إنسان فالضمان (٤) على البائع لأن فعله) أى فعل البائع (و هو الوضع لم ينفسخ (٥)

---

(١)و لم يوجد. قيل إن كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب فى الضمان و الكفارة و الحرمان و إن لم يكن فالقياس عدمه فيها و الجواب أن الضمان يعتمد الاتلاف بطريق صيانة التعدى للدماء عن الهدر و قد تحقق باحداثه فى الطريق ما ليس له ذلك و أما الكفارة و الحرمان فيعتمد أن القتل عمدا أو خطأ و لم يوجد شىء منهما عناية.

(٢)اعتبارا للأحوال أى للحالين كفاية و فى التبيين: و لو لم يعلم أىّ طرف أصابه ففي القياس لا يجب عليه شىء لأنه إن أصابه ما كان خارجا يضمن و إن أصابه ما كان داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك لأن فراغ ذمته كان ثابتا بيقين و فى الشغل شك و فى الاستحسان يضمن النصف لأنه فى حال يضمن الكل و فى حال لا يضمن شيئا فيضمن النصف و لا يقال ينبغى أن يضمن ثلاثة أرباع الدية لأنه يضمن فى حال النصف و هو ما إذا كان أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الأول ثلاثة أرباع لأن أحوال الاصابة حالة واحدة فلا تتعدد لاستحالة اجتماعها بخلاف حالة الحرمان اه. (٣)برئ الخ. و هذا التبرى لا ينفعه لأنه يبرأ من ضمان يجب عليه و تبرء الانسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل و إن كان بعد سبب الوجوب كفاية. (٤) فالضمان على البائع الخ. بخلاف الحائط المائل إذا باعه بعد الاشهاد عليه حيث لا يضمن المشترى لأنه لم يشهد عليه و لا البائع لأن الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بالبيع لأنه لا يتمكن من نقض ملك الغير و هنا الضمان باشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك و الاشغال باق فيضمن كما لو حصل من مستأجر أو مستعير أو غاصب و فى الحائط لا يضمن غير المالك زيلعى ملخصا. (٥)لم ينفسخ الخ. و كذلك فى الجناح وجدت الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح و بالبيع لم يزل هذا الشغل فبقيت جناية على حالها فان قيل المشترى جان أيضا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعا قلنا المشترى غير مباشر و لا مسبب لانعدام الفعل منه و إنما صار تاركا معروفا فلا يضمن كمن رأى أعمى يقع فى البئر فلم يمنعه من الوقوع حتى مات لا ضمان عليه لأنه غير مباشر و لا مسبب كفاية.

بزوال ملكه و هو الموجب و لو وضع في الطريق جمرا فأحرق شيئا يضمنه لأنه متعد فيه و لو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لم يضمنه لفسخ الريح فعله و قيل إذا كان اليوم ريحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته و قد أفضى إليها فجعل كمباشرته و لو استأجر رب الدار الفعلة (١) لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لأن التلف بفعلهم و ما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما إلى رب الدار و هذا لأنه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة و القتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم إليه فاقتصر هم عليهم

بزوال ملكه و هو الموجب) أي الوضع هو الموجب للضمان (و لو وضع في الطريق جمرا فأحرق شيئا يضمنه لأنه متعد فيه و لو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لم يضمنه لفسخ الريح فعله و قيل إذا كان اليوم ريحا (٢) يضمنه) يعني إذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حركت الريح الجمر عن مكانه فأحرق شيئا يضمنه (لأنه فعله مع علمه بعاقبته) و هي الحرق بواسطة الريح (و قد أفضى إليها) أي إلى العاقبة (فجعل كمباشرته) أي فجعل الافضاء كمباشرة ذلك بنفسه و هو اختيار الإمام السرخسيّ و كان شمس الأئمة الحلوانيّ لا يقول بالضمان إذا حركته الريح عن مكانه من غير تفصيل و هو قياس قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و لو استأجر رب الدار الفعلة) و هو جمع فاعل كالقتلة جمع قاتل (لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) أي على الفعلة لا على المستأجر الذي هو رب الدار (لأن التلف بفعلهم و ما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما إلى رب الدار و هذا) أي وجوب الضمان على الفعلة (لأنه انقلب فعلهم قتلا) أي انقلب فعل الفعلة قتلا حقيقة لظهور أثر فعلهم و هو التلف بالسقوط عليه (حتى وجبت (٣) عليهم الكفارة و القتل غير داخل في عقده) أي في عقد المستأجر (فلم ينتقل فعلهم إليه فاقتصر) أي الضمان (عليهم) أي على الفعلة

---

(١) الفعلة. ن. العملة. (٢) ريحا بالتشديد و في المغرب: الريح هي التي تهب و الجمع أرواح و رياح أيضا و يوم راح شديد الريح و ريح (بالتشديد) طيب الريح و قيل شديد الريح الأول هو المذكور في الأصول و لم أعثر على هذا الثاني إلا في كتاب التذكرة لأبي علي الفارسيّ و عليه قول محمد رحمه الله تعالى فان بال في يوم ريح (بالتشديد) اهـ. (٣) حتى وجبت عليهم الكفارة بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة و لا يحرم الارث لأنه تسبيب و هنا مباشرة زيلعي.

و إن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لأنه صح الإستئجار حتى استحقوا الأجر و وقع فعلهم عمارة و إصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه و كذا إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة و كذا إذا رش الماء أو توضأ لأنه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة و هو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا إذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد و الظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن و لو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه صاحب علة و قيل هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعا للمرور و لا أثر للماء فيه

(و إن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا (١) لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا) أي استحق الفعلة (الأجر و وقع فعلهم عمارة و إصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه) أي رب الدار استحسانا للأثر الذي جاء في مثله عن شريح رحمه الله تعالى أنه قضى بالضمان على رب الدار (و كذا) أي يضمن الفاعل (إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة و كذا إذا رش الماء أو توضأ لأنه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما إذا فعل ذلك) أي صب الماء أو رشه أو الوضوء (في سكة غير نافذة) فإنه لا يضمن (و هو من أهلها) أي و الحال أنه من أهل السكة (أو قعد أو وضع متاعه لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة) فإن لكل واحد من الشركاء أن يفعل ذلك (قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى (هذا) أي وجوب الضمان (إذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد و الظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن) لأنه إذا زلق يكون ذلك من خوفه (و لو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه) أي لأن الذي تعمد المرور (صاحب (١) علة) لأن السقوط من فعله و هو متعمد (و قيل هذا) أي عدم وجوب الضمان على الراش (إذا رش بعض الطريق لأنه) أي لأن المار (يجد موضعا للمرور و لا أثر للماء فيه) أي

---

(١) استحسانا و في القياس هذا كالأول لأنهم باشروا إحداث ذلك في الطريق و صاحب الدار ممنوع من إحداثه و إنما يعتبر أمره فيما له أن يفعل بنفسه كفاية. (١) صاحب علة و العلة إذا صلحت لاضافة الحكم إليها بطل غيرها عناية.

فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء و إن رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر فى المرور و كذا الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق فى أخذها جميعه أو بعضه و لو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا و إذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا و لو كان أمره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الأجير لفساد الأمر.

فى ذلك الموضع (فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء و إن رش جميع الطريق يضمن لأنه) أى لأن المار (مضطر فى المرور) و فى الواقعات و إذا رأى سائق الدابة أن الماء قد رش فى الطريق فساق الدابة فعطب به فلا ضمان على الذى رش و إن لم يره بأن كان ذلك فى الليل فالراش ضامن (و كذا الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق) أى مثل حكم رش الماء فى بعض الطريق و حكم رشه فى كل الطريق (فى أخذها) أى فى أخذ الخشبة (جميعه) أى جميع الطريق (أو بعضه) أى فى أخذها بعض الطريق فإن كانت موضوعة فى جميع الطريق ففيه الضمان و إن كانت فى بعض الطريق فلا ضمان فيه لأن المار يجد موضعا للمرور (و لو رش فناء حانوت) الفناء بكسر الفاء سعة أمام البيوت و قيل ما امتد من جوانبها كذا فى المغرب و ذكر التمرتاشى رحمه الله تعالى الفناء ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة و كسر الحطب (باذن صاحبه) أى صاحب الحانوت (فضمان ما عطب على الآمر استحسانا) لأن أمره قد صح لما له من زيادة انتقال الفعل إليه و فى الفتاوى الصغرى و لو أمر الأجير أو السقاء برش فناء فما تولد من رشه ضمن الآمر دون الراش و فى الخلاصة لو أمره بالوضوء فى الطريق فتوضأ فى الطريق فالضمان على المتوضئ (و إذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل (١) به) أى نشب و علق بالبناء (إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا) و فى الجامع الصغير للمحبوبى رحمه الله تعالى ما يدل على أن الذى ذكر فى الكتاب فيما إذا لم يعلم الأجير أن الفناء للغير أما إذا علم فالضمان على الأجير و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و لو كان أمره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان (٢) على الأجير لفساد الأمر) و قال شيخ الإسلام

---

(١)فتعقل به أى نشب و علق مصنوع غير مسموع مغرب. (٢)فالضمان على الأجير لفساد الأمر بخلاف الفناء لأنه يباح له فيما بينه و بين ربه إحداث مثل ذلك فى فناء إذا كان لا يتضرر به غيره و قد جرت العادة بذلك فى بلاد المسلمين فاعتبر أمره فى ذلك و لكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة كفاية.

قال و من حفر بئرا فى طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته و إن تلفت بهيمة فضمانها فى ماله لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة فى ماله و إلقاء التراب و اتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة إلقاء الحجر و الخشبة لما ذكرنا بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث شيئا فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق و تعقل به إنسان كان ضامنا لتعديه بشغله و لو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذى نحاه لأن حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله و إنما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر و فى

إن كان الطريق معروفا للعامة فالضمان على الأجير لفساد الأمر لأنه لا حق للآمر خاصة فى وسط الطريق فأمره بالبناء فى وسط الطريق لم ينقل فعل الأجير إليه فكان الأجير هو المتعدى فى البناء فوجب عليه ضمانه. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و من حفر بئرا فى طريق (١) المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته) أى على عاقلة حافر البئر و واضع الحجر (و إن تلفت به) أى بالبئر أو الحجر (بهيمة فضمانها فى ماله لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه) أى من تعديه (غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة فى ماله) و قال الحاكم فى الكافى الحر و العبد سواء فالضمان على عاقلة الحافر و لا كفارة عليه و لا يحرم من الميراث (و إلقاء التراب و اتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة إلقاء الحجر و الخشبة) يعنى فى وجوب الضمان (لما ذكرنا) أى لأنه متعد فيه (بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث فيه شيئا إنما قصد دفع الأذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق و تعقل) أى تعلق (به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله) أى بشغل طريق المسلمين (و لو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذى نحاه لأن حكم فعله) أى فعل واضع الحجر (قد انتسخ لفراغ ما شغله و إنما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر و فى

---

(١) طريق المسلمين. و فى الدر المختار: و المراد بالطريق فى الكتب الطريق فى الأمصار دون الفيافى و الصحادى لأنه لا يمكن العدول عنه فى الأمصار غالبا دون الصحارى اه. و فى القاموس: الفيف المكان المستوى أو المفازة لا ماء فيها كالفيفاة و الفيفاء و يقصر جمعه أفياف و فيوف و فياف اه.

الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية فى حقوق العامة و إن كان بغير أمره فهو متعد إما بالتصرف فى حق غيره أو بالافتيات على رأى الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة و كذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرناه و غيره لأن المعنى لا يختلف و كذا إن حفره فى ملكه لا يضمن لأنه غير متعد و كذا إذا حفره فى فناء داره لأن له ذلك لمصلحة داره و الفناء فى تصرفه و قيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أو كان

الجامع الصغير فى البالوعة) و هو ما يحفر فى وسط الدار ليجمع ماء الوضوء و ماء المطر و فى الصحاح البالوعة (١) ثقب فى وسط الدار (يحفرها الرجل فى الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه) أى على حفر البالوعة (لم يضمن) أى الحافر (لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية فى حقوق العامة و إن كان بغير أمره فهو متعد) أى و إن كان حفر البالوعة بغير أمر السلطان فالحافر متعد (إما بالتصرف فى حق غيره أو بالإفتيات على رأى الإمام) الافتيات (١) الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت و هو السبق (أو هو) أى حفر البالوعة (مباح مقيد بشرط السلامة) قال فى شرح الأقطع و قد قالوا لو قعد فى الطريق ليستريح أو لمرض أضعفه فعثر به إنسان ضمن لأن المشى فى الطريق مباح بشرط السلامة كما أن الله تعالى أباح الرمى إلى الصيد و لو رمى إلى صيد فأصاب إنسانا أو شاة ضمن و اعتبر فيه السلامة فكذلك ههنا (و كذا الجواب على هذا التفصيل) و هو أنه لو فعله بأمر من له الولاية فى الأمر لا يضمن و بغير أمره ضمن و يحل للإمام أن يأمر بذلك إذا لم يضر بالعامة بأن كان الطريق واسعا و إن كان الطريق ضيقا لا يحل له ذلك(فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرناه) أى من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن أو بناء الدكان أو إشراع الجناح أو حفر البئر فى طريق المسلمين (و غيره) كبناء الظلة و غرس الأشجار و رمى الثلج والجلوس للبيع (لأن المعنى لا يختلف و كذا إن حفره فى ملكه لا يضمن لأنه غير متعد و كذا إذا حفره فى فناء داره لأن له ذلك) أى الحفر (لمصلحة داره و الفناء فى تصرفه و قيل هذا) أى عدم الضمان (إذا كان الفناء مملوكا له أو كان

---

(١) البالوعة الخ. و فى تاج العروس: (البالوعة) فى لغة البصرة (و البلاعة) فى لغة مصر (و البلوعة مشددتين) و كذلك البليعة كجميزة فى لغة مصر أيضا (بئر تحفر) فى وسط الدار (ضيق الرأس يجرى فيها ماء المطر و نحوه ج بواليع و بلاليع) اه. (١) الافتيات الخ. كذا فى المغرب مادة فوت.

له حق الحفر فيه لأنه غير متعد أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان فى سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعد و هذا صحيح و لو حفر فى الطريق و مات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه مات لمعنى فى نفسه فلا يضاف إلى الحفر و الضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن مات جوعا فكذلك و إن مات غما فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر و قال محمد رحمه الله تعالى هو ضامن

له حق الحفر فيه) أى فى الفناء (لأنه غير متعد أما إذا كان) أى الفناء (لجماعة المسلمين أو مشتركا) أى أو كان الفناء مشتركا (بأن كان فى سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعد و هذا صحيح) أى هذا التفصيل صحيح و قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابىّ فى شرح الكافى و إذا احتفر الرجل بئرا فى طريق مكة أو غير ذلك من الفيافى فلا ضمان عليه فى ذلك و ليس هذا كالأمصار لأنه غير متعد فيما فعل ألا ترى أنه لو ضرب هناك فسطاطا أو اتخذ تنورا يخبز فيه أو ربط دابة لم يضمن ما مات بذلك و قالوا هذا إذا حفر فى غير ممر المسلمين أما إذا حفر فى ممرهم ينبغى أن يضمن لأنه متعد فيه (و لو حفر فى الطريق و مات الواقع فيه جوعا (١)) أى من أجل الجوع (أو غما (٢)) أى من أجل الغم و هو الاختناق بالعفونة قال الجوهرىّ يوم (٣) غم إذا كان يأخذ بالنفس من شدة الحر (لا (٤) ضمان على الحافر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه مات (٥) لمعنى فى نفسه و الضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع و قال (٦) أبو يوسف رحمه الله تعالى إن مات جوعا فكذلك) أى لا ضمان على الحافر (و إن مات غما فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع لا يختص بالبئر و قال محمد رحمه الله تعالى هو ضامن

---

(١)جوعا أو عطشا در مختار. (٢) غما ضبطه فى الشرنبلالية بالضم ثم نقل عن شرح المجمع الفتح شامية. (٣) يوم غم الخ. و فى تاج العروس: (غم يومنا) غما و غموما (اشتد حره) حتى كاد يأخذ بالنفس (كأغم فهو يوم غم) وصف بالمصدر كما تقول ماء غور (و) يوم (غام و مغم) بكسر الميم (ذو حر) شديد (أو ذوغم) اه. (٤)لا ضمان الخ. به يفتى خلاصة در مختار (٥) لأنه مات لمعنى فى نفسه أى صار كأنه مات حتف أنفه لا بسبب الوقوع فى البئر كفاية و فى المبسوط للسرخسىّ (ص١٥ ج٢٧) و أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول إنما يصير هلاكه مضافا إلى الحافر إذا هلك بسبب الوقوع فيجعل الحافر كالدافع له فأما إذا طرأ عليه بسبب آخر لهلاكه كالجوع الذى هاج من طبعه أو الغم الذى أثر فى قلبه فانما يكون هلاكه مضافا إلى هذا السبب و لا صنع للحافر فيه اه. (٦) قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الخ. و فى السعدية: أقول ما ذكر فى الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و أما فى ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقانىّ نقلا عن الاسبيجابىّ فالأولى و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى و عن محمد رحمة الله تعالى اه.

في الوجوه كلها لأنه إنما حدث بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال و إن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر و لا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فنائه لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أن هناك يضمن المأمور و يرجع على الآمر لأن الذابح مباشر و الآمر مسبب و الترجيح للمباشرة (١) فيضمن المأمور و يرجع للغرور و هنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب و الأجير غير متعد و المستأجر متعد فيرجح (٢) جانبه و إن علموا ذلك فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له و لا غرور فبقي الفعل مضافا إليهم و إن قال لهم هذا فنائي و ليس

في الوجوه كلها لأنه إنما حدث) أي الجوع (بسبب الوقوع) في البئر (إذ لولاه) أي الوقوع (لكان الطعام قريبا منه) و هو قياس قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و لا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه معه ألا ترى أنه لو حبس رجلا في بئر حتى مات غما فإنه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله و هو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان (قال) أي المصنف و ليس لفظة قال ههنا في غالب النسخ (و إن استأجر أجراء فحفروها له في غير (٣) فنائه فذلك على المستأجر و لا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فنائه لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه) أي فنقل فعل الأجراء إلى المستأجر (لأنهم كانوا مغرورين فصار) أي حكم هذا (كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره) أي لغير الآمر (إلا أن هناك) أي في الأمر بذبح الشاة (يضمن المأمور و يرجع على الآمر لأن الذابح مباشر و الآمر مسبب و الترجيح للمباشر فيضمن المأمور و يرجع) على الآمر (للغرور و هنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء) أي من أول الأمر (لأن كل واحد منهما مسبب) أي لأن كل واحد من المستاجر و الأجير مسبب لا مباشر (و الأجير غير متعد و المستأجر متعد فيرجح جانبه) أي جانب المستاجر في الضمان (و إن علموا ذلك فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره) أي أمر المستأجر (بما ليس بمملوك له و لا غرور فبقي الفعل مضافا إليهم و إن قال لهم) أي للأجراء (هذا فنائي و ليس

---

(١) للمباشرة. ن. للمباشر. (٢)فيرجح. ن. فترجح. (٣)في غير فنائه يعني بأن الفناء للغير أو طريقا للعامة لكنه غير مشهور عناية.

لى فيه حق الحفر فحفروا فمات (١) فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياسا لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم و فى الإستحسان الضمان على المستأجر لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه من إلقاء الطين و الحطب و ربط الدابة و الركوب و بناء الدكان فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل إليه. قال و من جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذى عمل (٢) القنطرة و كذلك إذا (٣) وضع خشبة فى الطريق فتعمد رجل المرور عليها لأن الأول تعد هو تسبيب و الثانى تعد هو مباشرة فكانت الاضافة إلى المباشر أولى و لأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما فى الحافر

لى فيه حق الحفر فحفروا و مات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياسا لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم و فى الاستحسان الضمان على المستأجر لأن كونه فناء له) أى للمستأجر (بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه من إلقاء الطين و الحطب و ربط الدابة و الركوب و بناء الدكان فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا) أى باعتبار ظاهر اليد من إلقاء الطين و نحوه (فكفى ذلك لنقل الفعل إليه) أى إلى المستأجر. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من جعل قنطرة) القنطرة ما أحكم بناؤه و لا يرفع و الجسر ما يوضع و يرفع (بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذى جعل قنطرة و كذلك إذا وضع خشبة فى الطريق) بغير إذن الامام (فتعمد رجل المرور عليها لأن الأول) يعنى جعل القنطرة و وضع الخشبة (تعد (٤) هو تسبيب و الثانى) يعنى المرور تعمدا على القنطرة أو الخشبة (تعد (٥) هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشر أولى) لأن الحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب إذا لم يكن صاحب العلة صالحا لإضافة الحكم إليه فان كان صالحا فلا يضاف الحكم إلى صاحب السبب فأما إذا استويا فى العدوان فالإضافة إلى صاحب العلة أولى لكون العلة أقوى (و لأن تخلل فعل فاعل مختار) بين السبب و الحكم (يقطع النسبة) أى نسبة الحكم إلى السبب (كما فى الحافر

---

(١)فمات. ن. و مات. (٢)عمل القنطرة. ن. جعل قنطرة. (٣)إذا. ن. إن (٤)تعد الخ. و إنما سمى بناء القنطرة تعديا لأن الذى جعل القنطرة فوت حقا على غير فان التدبير فى موضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان و الضيق و السعة للامام فكأنه جناية بهذا الاعتبار و الجناية تعد كفاية عن مبسوط شيخ الاسلام. (٥)تعد هو مباشرة لأنه إذا تعمد المرور بأن كان بصيرا و يجد موضعا آخر للمرور صار متعديا فينسب التلف إليه دون المسبب و صار كأنه أتلف نفسه فأما إذا لم يتعمد بأن كان أعمى أو مر ليلا يضمن إذا وضعه بغير إذن الامام فأما إذا وضعه باذن الامام فلا يضمن كفاية.

مع الملقى. قال و من حمل شيئا فى الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن و كذا إذا سقط فتعثر به إنسان و إن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن و هذا اللفظ يشمل (١) الوجهين و الفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة و اللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا و عن محمد رحمه الله تعالى أنه إذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه. قال و إذا كان المسجد للعشيرة

مع الملقى) أى كما فى حافر البئر على قارعة الطريق مع الذى ألقاه أى دفعه إلى البئر حيث يضاف الضمان إلى الدافع لا إلى الحافر. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من حمل شيئا فى الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو (٢) ضامن و كذا إذا سقط) أى من الحامل شيء (فتعثر به إنسان) و مات (و إن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن و هذا اللفظ يشتمل الوجهين) و هما تلف الإنسان بسقوط اللباس عليه و تلف الانسان بالتعثر باللباس بعد ما سقط عن اللابس (و الفرق) أى بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان بوقوعه عليه و بين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان به فيما هلك إنسان بوقوعه عليه (أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة) فإذا أضيف إليه التلف كان ضامنا (و اللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه) يعنى بوصف السلامة (فجعلناه مباحا مطلقا) يعنى من غير شرط السلامة (و عن محمد رحمه الله تعالى إذا لبس ما لا يلبس) عادة كاللبد و الجوالق و درع الحرب في غير موضع الحرب و الثوب الذى لا يحتاج إليه من حيث الزينة أو من حيث دفع الحر و البرد (فهو كالحامل) شيئا فى الطريق حيث يضمن إذا سقط على انسان فعطب به (لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه) و ذكر المحبوبىّ لو لبس ثوبا زيادة على قدر الحاجة لم يذكره محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب و روى ابن سماعة رحمه الله تعالى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال يضمن إذا سقط منه و عطب به إنسان لأنه لا تعم به البلوى و قياس الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يضمن لعدم التعدى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا كان المسجد للعشيرة) العشيرة القبيلة ذكره فى الصحاح و

---

(١)يشمل.ن.يشتمل. (٢)فهو ضامن لأن حمل المتاع فى الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى إلى الهدف أو إلى الصيد زيلعى.

فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن و إن كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يضمن فى الوجهين لأن هذه (١) من القرب و كل أحد مأذون فى إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله باذن واحد من أهل المسجد و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الامام

المراد ههنا أهل المسجد (فعلق رجل منهم) أى من العشيرة (فيه) أى فى المسجد (قنديلا أو جعل فيه بوارى) جمع بورياء قال (٢) الاصمعىّ البورياء بالفارسية و هو بالعربية بارى و بورى و كذلك البارية و قال الجوهرىّ البارياء و البورياء التى من القصب (أو حصاة) أى أو جعل فيه حصاة (فعطب به رجل) أى فعطب بواحد من هذه الأشياء رجل (لم يضمن) يعنى و إن كان بغير إذن الإمام و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه و أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه بغير إذن الإمام يضمن و قال الحاكم الشهيدّ فى الكافى و إذا حفر أهل المسجد فيه بيرا لماء المطر أو وضعوا فيه جبا يصب فيه الماء أو طرحوا فيه بوارى أو حصا أو ركبوا فيه بابا أو علقوا فيه قنديلا أو ظللوه فلا ضمان عليهم فيمن عطب بذلك (و إن كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (هذا) يعنى هذا التفصيل (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يضمن فى (٣) الوجهين) و هما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الحلوانىّ أكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى أخذوا بقولهما فى هذه المسألة و عليه الفتوى كذا فى الذخيرة و فيها وضع الجب لشرب الماء على هذا الاختلاف (لأن هذا) أى المذكور من الأشياء (من القرب) بضم القاف و فتح الراء جمع قربة (و كل أحد) من أهل المسجد (مأذون فى إقامتها) أى إقامة القرب (فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله باذن واحد من أهل المسجد) حيث لا يضمن (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو الفرق) بين الوجهين (أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم) أى غير أهل المسجد (كنصب الإمام) يعني

---

(١) هذه. ن. هذا. (٢) قال الاصمعىّ الخ. و فى اللسان: البوزى و البورية و البورياء (بضم الباء فى كل واحد منها) و البارى و البارياء و البارية فارسى معرب قيل هو الطريق و قيل الحصير المنسوج و فى الصحاح التى من القصب قال الاصمعىّ البورياء بالفارسية و هو بالعربية بارى و بورى و كذلك البارية اه و مثله فى التاج. (٣) فى الوجهين أى فيما إذا فعل ذلك أحد من العشيرة و فيما إذا فعله أحد من غير العشيرة و فسر الكاكىّ الوجهين بقوله و هما إذن الامام أو العشيرة أو عدم إذنهما و تبعه العينىّ و هذا التفسير لا يطابق المشروح قاضى زادهّ.

و اختيار المتولي و فتح بابه و إغلاقه و تكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة و فعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة و قصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا و الطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله. قال و إن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة و إن كان في غير الصلاة ضمن و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

إذا لم يكن الباني موجودا و أما إذا كان موجودا فنصب الإمام إليه و هو مختار الاسكاف قال أبو الليث و به نأخذ إلا أن ينصب الإمام شخصا و القوم يريدون من هو أصلح منه و يجوز أن يكون المصنف اختار قول ابن سلام إن القوم أولى بنصب الإمام و المؤذن و الباني أولى بالعمارة (و اختيار المتولي و فتح بابه و إغلاقه و تكرار الجماعة إذا سبقهم بها) أى بالصلاة بالجماعة (غير أهله) أى غير أهل المسجد يعنى لو صلى فيه غير أهل المسجد بجماعة يكون لأهله أن يصلوا فيه بجماعة بخلاف ما إذا سبق أهل المسجد بالصلاة بالجماعة فانه لا يكون لغير أهله أن يصلوا فيه بجماعة (فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة و فعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة و قصد القربة لا ينافي الغرامة) هذا جواب عن قولهما لأن هذا من القرب بيانه أن قصد القربة لا ينافي الضمان (إذا اخطأ الطريق) أى طريق القربة (كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا) يعنى إذا شهد وحده بالزنا يحد حد القذف و إن كان بأداء شهادته محتسبا لله تعالى و متقربا و لكن لما لم يكن نصاب الشهادة في الزنا و هى شهادة الأربعة اعتبر ذلك قذفا (و الطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله) أى من أهل المسجد لأنه لا يمنع أن يكون المسجد لجماعة المسلمين و يختص تدبيره بأهله ألا ترى أن رسول الله ﷺ أخذ مفاتيح الكعبة من بنى شيبة فأمره الله تعالى بردها عليهم بقوله تعالى إن (١) الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و الكعبة حق لجميع المسلمين و إن اختص قوم بتدبيره و قال التمرتاشي رحمه الله تعالى لو ضاق المسجد بأهله لأهله أن يمعنوا من ليس من أهله عن الصلاة فيه. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن جلس فيه) أى في المسجد (رجل منهم) أى من أهل المسجد (فعطب به) أى بالجالس (رجل لم يضمن إن كان فى الصلاة) سواء كانت الصلاة فرضا أو نفلا ذكره شيخ الإسلام (و إن كان فى غير الصلاة ضمن و هذا) أى هذا التفصيل الذى ذكرناه (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) و كونه فى غير الصلاة ضامنا عنده مطلقا ليس بصحيح على اطلاقه فإن شمس الأئمة رحمه الله تعالى قال في جامعه لو جلس لانتظار الصلاة لا يضمن لقوله عليه الصلاة و السلام

(١) إن الله يأمركم الآية. النساء: ٥٨.

و قالا لا يضمن على كل حال و لو كان جالسا لقرائة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير الصلاة أو مر فيه مار (١) أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الإختلاف و أما المعتكف فقد قيل على هذا الإختلاف و قيل لا يضمن بالإتفاق لهما أن المسجد

المنتظر للصلاة في الصلاة و إنما الخلاف فيمن جلس لعمل ليس له اختصاص بالمسجد كدرس الفقه و الحديث و قرائة القرآن و في الذخيرة لو جلس للدرس أو لقرائة القرآن أو للذكر و التسبيح أو الاعتكاف لا رواية لهذا في الكتاب و اختلف المتأخرونؒ قال أبو بكر الرازيؒ يضمن عنده و قال أبو بكر البلخيؒ إن جلس لقرائة القرآن أو معتكفا في المسجد لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الإسلامؒ و الصدر الشهيدؒ لو جلس للحديث يضمن بالاجماع لأنه غير مباح له و في النهاية فعلى هذا ما ذكره في المتن و لو كان جالسا لقرائة القرآن أو للتعليم أو للصلاة إلى قوله فهو على هذا الاختلاف مخالف لهذه الروايات أجيب يمكن أن يكون مختار أبي بكر الرازيؒ و لكن فيه بعد كما ترى (و قالا) أي قال (٢) أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يضمن على كل حال) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و لو كان جالسا لقرائة القرآن أو للتعليم) أي تعليم الفقه و الحديث (أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير الصلاة أو مر فيه مارا) أي حال كونه مارا لأجل أمر آخر سوى أمر الصلاة بأن مر لأخذ الماء من بئر المسجد (أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) و هو اختيار بعض أصحابنا و اختاره أبو بكر الرازيؒ و قال بعضهم و هو اختيار أبي عبدالله الجرجانيؒ ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق و لقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لأنه قال و إن كان في غير الصلاة ضمن و غير الصلاة يشمل هذا المذكور كله و الجواب أن قوله و إن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير و قوله و لو كان جالسا لقرائة القرآن من لفظ المصنفؒ بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ رحمهم الله تعالى على ذلك و ليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت و كان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف و قيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف (و أما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف و قيل لا يضمن بالاتفاق) و قال فخرالإسلام البزدويؒ في شرح الجامع الصغير و إن قعد معتكفا قال مشايخنا رحمهم الله تعالى اختلفوا فيه فقال بعضهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن لأنه جلس لغير الصلاة و قال بعضهم لا يضمن لأنه متقرب به (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن المسجد

(١)مار.ن.مارا. (٢)قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. و ذكر صدر الاسلامؒ أن الأظهر ما قالاه زيلعي.

إنما بني للصلاة و الذكر و لا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لأنه من ضرورات الصلاة أو لأن المنتظر للصلاة فى الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما إذا كان فى الصلاة و له أن المسجد بني للصلاة و هذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحا مطلقا و الجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة و لا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا إليه و هو مقيد بشرط السلامة كالرمى إلى الكافر أو إلى الصيد و المشى فى الطريق و المشى في المسجد إذا وطئ غيره و النوم فيه إذا انقلب على غيره

إنما بني للصلاة و الذكر) قال الله تعالى ﴿فى (١) بيوت أذن الله أن ترفع و يذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو و الآصال﴾ و قال تعالى و من (٢) أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه (و لا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لأنه من ضرورات الصلاة أو لأن المنتظر للصلاة فى الصلاة حكما بالحديث) و قد مر الحديث عن قريب (فلا يضمن كما إذا كان فى الصلاة و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن المسجد بني للصلاة و هذه الأشياء) أشار به إلى ما ذكره من قوله لقرائة القرآن إلى آخره (ملحقة بها) أى بالصلاة يعني يؤتى بهذه الأشياء فى المسجد بطريق التبعية للصلاة و الصلاة هى المقصودة فى بناء المسجد (فلا بد من إظهار التفاوت) بين اللاحق و الملحق به (فجعلنا الجلوس للأصل) الذى هو الصلاة (مباحا مطلقا) يعنى من غير قيد بشرط السلامة ألا ترى أن المسجد إذا ضاق على المصلى كان له إزعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر و القرائة و التدريس لأنه يطلب موضوعه الأصلى و قال التمرتاشيّ لو ضاق المسجد بأهله لأهله أن يمنعوا من ليس من أهله عن الصلاة فيه (و الجلوس لما يلحق به) أى جلعنا الجلوس لما يلحق بالأصل (مباحا مقيدا بشرط السلامة و لا (٣) غرو) أى و لا عجب قال قائل:

و لا غرو إن حرق نار الهوى كبدى فالنار حق على من يعبد الوثنا

(أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا إليه و هو مقيد بشرط السلامة) أى و الحال أن ذلك الفعل مقيد بشرط السلامة و نظر لذلك بقوله (كالرمى إلى الكافر أو إلى الصيد و المشى فى الطريق و المشى فى المسجد إذا وطئ غيره و النوم فيه إذا انقلب على غيره) فكل ذلك مقيد بشرط السلامة و قال تاج الشريعةّ قوله كالرمي إلى الكافر نظير المندوب و إلى الصيد نظير المباح و مع ذلك إذا

---

(١)فى بيوت الآية. النور: ٣٦. (٢)و من أظلم الآية. البقرة:١١٤. (٣)لا غرو و لا غروى (بالفتح فالسكون فيهما) أى لا عجب قاموس لا غرو أى ليس بعجب صحاح.

و إن جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن لأن المسجد بني للصلاة و أمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضا إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده.

فصل في الحائط المائل

قال و إذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه و أشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال

أصاب مسلما يضمن (و إن جلس رجل من غير العشيرة فيه) أي في المسجد (في الصلاة فتعقل (١) به) أي نشب و علق به (انسان ينبغي أن لا يضمن لأن المسجد بني للصلاة و أمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضا إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده) و قال فخر الإسلامؒ و إن كان الرجل الجالس رجلا من غير العشيرة فقولهما فيه لا يشكل لأنه بمنزلة الرجل من العشيرة كما قالا فيه في تعليق القناديل و بسط البواري و الحصا فأما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيحتمل أن يضمن بكل حال و قال بعضهم بل هو عنده في الصلاة بمنزلة رجل من العشيرة لأن المساجد أعدت للصلاة العامة من غير خصوص و إنما الخصوص فيما يرجع إلى الرأي و التدبير و لذلك لم يكن لغيرهم حق إقامة الجماعة لأنه مما يفتقر إلى الرأي و التدبير و أما نفس الصلاة فمستغن عن ذلك بخلاف تعليق القناديل و بسط البواري و البساط و الحصا قال فخر الإسلامؒ و هذا القول أشبه.

(فصل في الحائط المائل)

أي هذا فصل في بيان أحكام الحائط و لما فرغ من بيان الأحكام التي تتعلق بمباشرة الانسان و تسببيه شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد الذي لا اختيار له اصلا و هو الحائط المائل و إنما ذكره بالفصل لأنه يلحق بالباب الذي قبله. (قال) أي القدوريؒ (و إذا مال (٢) الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه و أشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) هذا كلام القدوريؒ في مختصره و قال الكرخيؒ في مختصره و إذا مال حائط من دار رجل على طريق نافذ أو دار رجل فلم يطالب بنقضه و لم يشهد

---

(١)فتعقل به أي نشب و علق مصنوع غير مسموع مغرب. (٢)مال الحائط أي عما هو أصله من الاستقامة و غيرها فيشمل المنصدع و الواهي قهستاني و كذا العلو إذا انصدع فأشهد أهل السفل على أهل العلو و كذا الحائط أعلاه لرجل و أسفله لآخر نص عليه في التاترخانية نقلا عن النوازل رملي شامي.

و القياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة و لا مباشرة شرط هو متعد فيه لأن أصل البناء كان في ملكه و الميلان و شغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الإشهاد وجه الإستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه و رفعه في يده فاذا تقدم إليه و طولب بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع صار متعديا

عليه فيه حتى سقط على رجل فقتله أو على متاع أفسده أو على حيوان فعطب به فلا ضمان على صاحب الحائط فى شيء من ذلك و إن تقدم إليه فى هدمه و أشهد عليه ثم سقط فى مدة قد أمكنه نقضه فيها بعد الاشهاد فهو ضامن و إن كان لم يفرط فى نقضه و ذهب يطلب من يهدمه فكان فى طلب ذلك حتى استأجر من يهدمه فسقط الحائط فقتل انسانا أو عقر دابة أو أفسد متاعا فلا ضمان عليه قال محمد رحمه الله تعالى و الاشهاد أن يقول الرجل اشهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا فإذا فعل فقد لزمه نقضه على حال الامكان فإن أخر ذلك و فرط عما وصفت لك ضمن ما جنى عليه الحائط فإن كانت جنايته على إنسان فهو على العاقلة إذا كانت نفسا أو دونها إذا بلغ أرش جنايته نصف عشر دية الرجل إذا كان المجنى عليه رجلا و إن كان المجنى عليه امرأة فإذا بلغ أرش جنايتها عشر ديتها و ما كان أقل من ذلك فهو فى ماله و ما كان فى غير بنى آدم فهو فى ماله حالا (و القياس أن لا يضمن) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى و احمد رحمه الله تعالى فى وجه (لأنه لا صنع منه مباشرة و لا مباشرة شرط هو متعد فيه لأن أصل البناء كان فى ملكه و الميلان و شغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد) هذه المسئلة مصورة فيما إذا بناه مستويا ثم صار مائلا و أوضح ذلك تاج الشريعة رحمه الله تعالى بقوله و القياس أن لا يضمن لأن ضمان الجناية بالمباشرة أو التسبب و لم يوجد شيء منهما أما المباشرة فلأنه لم يتصف بالمتلف فعل من صاحب الحائط ألا ترى أنه لم يجب عليه الكفارة و لا يحرم من الميراث و إن أشهد عليه و أما التسبب فلأنه أبطل أثر فعله و إن كان أثر فعله فانه مباح لأنه من فعل حصل فى ملكه و فعل الانسان فى ملكه مباح و أثر فعله المباح لا يصلح سببا للضمان كحفر البير فى ملكه غاية ما فى الباب أنه ترك معروفا و إنه لا يوجب الضمان كما لو أرسل انسان دابته فى مرعى فدخل فى زرع انسان فأخبر بذلك فلم يخرجه حتى أفسد زرعه لم يضمن لهذا المعنى كذا هذا (وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه و رفعه فى يده فإذا تقدم إليه) على صيغة المجهول (و طولب بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع) عن التفريغ (صار متعديا) و بوجه الاستحسان قال مالك و سفيان الثورى رحمهما الله تعالى و

بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان فى حجره يصير متعديا بالإمتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب و لأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به و دفع الضرر العام من الواجب و له تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر و كم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية و تتحملها العاقلة لأنه فى كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى

روى ذلك عن على رضى الله تعالى عنه و عن شريح و النخعي و الشعبى و غيرهم من أئمة التابعين رحمهم الله تعالى (بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان فى حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به) حتى يضمن إذا ملك فى يده (كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد) فإنه لا يضمن بالاجماع و عن (١) بعض اصحاب احمد رحمهم الله تعالى في وجه أنه يضمن قبل الاشهاد أيضا و به قال ابن أبى ليلى و أبو ثور و اسحاق رحمهم الله تعالى (لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب و لأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به و دفع الضرر العام من الواجب و له تعلق بالحائط) هذا جواب إشكال و هو أن يقال الهواء حق العامة و قد اشتغل بهذا الحائط فينبغي أن يكون تفريغه عليهم فأجاب بقوله و له أى و لصاحب الحائط تعلق بالحائط يعنى نقضا و إبقاء (فيتعين) أى رب الحائط (لدفع هذا الضرر و كم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام (٢) منه) أى من الضرر هذا أيضا جواب عما يقال لو وجب عليه نقض الجدار لدفع الضرر العام يتضرر صاحب الجدار أيضا فأجاب بقوله و كم من ضرر إلى آخره كالحجر على المفتى المتاجر و المتطبب الجاهل و المكارى المفلس فإنهم يحجرون لدفع الضرر العام و إن كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى الحجر على البالغ العاقل الحر (ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية و تتحملها (٣) العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى

---

(١)و عن بعض أصحاب احمدؒ الخ. كذا فى المغنى ص ٥٧٢ ج٩. (٢)لدفع العام منه كما فى الرمى إلى الكفار و أن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى و قطع العضو للاكلة عند خوف هلاك النفس كفاية. (٣)و تتحملها العاقلة. قال محمد رحمه الله تعالى لا تتحملها العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم إليه فى النقض و على أنه مات بالسقوط عليه و على أن الدار له لأن إقراره لا يكون حجة على غيره و الملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق زيلعى قال فى شرح الطحاويؒ فاذا أنكرت العاقلة واحدا من هذه الأشياء فلا ضمان عليهم حتى يشهد الشهود بذلك و لو أقر صاحب الدار بهذه الثلاثة لزمه فى ماله و لا يجب على العاقلة اه شلبى عن اتقانى.

كيلا يؤدى إلى استئصاله و الاجحاف به و ما تلف به من الأموال كالدواب و العروض يجب ضمانها فى ماله لأن العواقل لا تعقل الأموال و الشرط التقدم إليه و طلب النقض منه دون الاشهاد و إنما ذكر الاشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره فكان من باب الاحتياط و صورة الاشهاد أن يقول الرجل اشهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا و لا يصح الاشهاد قبل أن يهى الحائط لانعدام التعدى قال و لو بنى الحائط مائلا فى الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد لأن البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح قال

كيلا يؤدى إلى استئصاله) أى انقطاعه بالكلية (و الاجحاف (١) به و ما تلف به من الأموال كالدواب و العروض يجب ضمانها فى ماله لأن العواقل لا تعقل الأموال و الشرط التقدم إليه) أى شرط الضمان تقدم الطالب إلى صاحب الحائط و هو أن يقول له إن حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط و لا يتلف شيئا و لو قال ينبغي أن تهدمه فذاك مشورة و يشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صبيا أو امرأة إن مال إلى طريقهم و واحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها و صاحب الدار أو سكانها إن مال إليها و أن يكون إلى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار باجارة أو إعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على أحد (و طلب النقض منه) أى و طلب نقض الحائط من صاحبه (دون الاشهاد) يعنى الاشهاد ليس بشرط (و إنما ذكر الاشهاد ليتمكن من إثباته عند (٢) إنكاره) أى انكار المطلوب بالهدم (فكان) أى الاشهاد (من باب الاحتياط) و لهذا لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان و إن لم يشهد عليه ذكره فى التحفة (و صورة الإشهاد أن يقول الرجل اشهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا و لا يصح الإشهاد قبل أن يهى الحائط) أى قبل أن يميل الحائط إلى السقوط و هو من وهى (٣) يهى أصله يوهى فحذفت الواو لوقوعه بين الياء و الكسرة فصار يهى كما فى يعد أصله يوعد (لانعدام (٤) التعدى قال و لو بنى الحائط مائلا فى الابتداء قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد لأن البناء تعد ابتداء) أى فى ابتداء الأمر (كما فى إشراع الجناح) فانه تعد ابتداء (قال

---

(١)الاجحاف بتقديم الجيم على الحاء المهملة و هو الاهلاك و الاستيصال و فى المغرب: جحفه واجتحفه و أجحف به أهلكه و استأصله اه. (٢)عند انكاره أو جحود عاقلته زيلعى. (٣)وهى. و فى الصحاح: وهى الحائط يهى (من باب ضرب) وهيا (بالفتح فالسكون) إذا ضعف وهمّ بالسقوط اه. (٤)لانعدام التعدى ابتداء و انتهاء زيلعى.

و تقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل و شرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا و يستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لأن الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا و يصح التقدم إليه عند السلطان و غيره لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به. قال و إن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص و إن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هوائها و لو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك

و تقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل) يعنى لو كانت شهادة على نفس القتل لم تقبل شهادة النساء لشبهة البدلية و لكنها ليست بشهادة عليه بل هى شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجل وامرأتين (و شرط الترك) أى شرط القدورى ترك النقض (فى مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانيا) لأنه ربما لا يتمكن من النقض إما لجهله بذلك أو لعدم الآلة فلا بد من زمان يقدر فيه على النقض حتى يكون بتركه بعد ذلك متعديا (و يستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمى لأن الناس كلهم شركاء فى المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا) و قال الأقطع فى شرحه و كذلك لو طالبت به امرأة أو صبى أو رجل غريب من بلد آخر لأن جميع هؤلاء لهم حق المرور فى الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم و فى شرح الطحاوى لو كان الحائط مائلا إلى الطريق العام فان الخصومة فيه إلى كل واحد من الناس مسلما كان أو ذميا بعد أن يكون حرا بالغا عاقلا أو كان صغيرا أذن له وليه بالخصومة فيه أو كان عبدا أذن له مولاه بالخصومة فيه (و يصح التقدم إليه) أى إلى صاحب الحائط (عند السلطان و غيره) أى و غير السلطان (لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به) أى بالطلب حتى إذا لم يأخذ فى نقضه عند ذلك فهو ضامن لما أصاب. (قال) أى القدورى (و إن مال) أى الحائط (إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص و إن كان فيها) أى فى الدار (سكان) كالمستأجر و المستعير (لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هوائها و لو أجله صاحب الدار) يعنى إذا كان الميلان إلى دار رجل فأجله صاحب الدار (أو أبرأه منها) أى من الجناية (أو فعل ذلك) أى التأجيل أو الابراء (ساكنوها فذلك) أى التأجيل أو الابراء

جائز و لا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين و ليس إليهما إبطال حقهم و لو باع الدار بعد ما أشهد عليه و قبضها المشترى برئ من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه و قد زال تمكنه بالبيع بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانيا بالوضع و لم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا و لا ضمان على المشترى لأنه لم يشهد عليه و لو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه تفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به و الأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط و تفريغ الهواء و من لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمرتهن و المستأجر و المودع و ساكن الدار

(جائز و لا ضمان عليه) أى على صاحب الحائط (فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث (١) لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين و ليس لهما إبطال حقهم) أى حق جماعة المسلمين (و لو باع الدار بعد ما أشهد عليه و قبضها المشترى برئ) أى البائع من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه و قد زال تمكنه بالبيع بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانيا بالوضع و لم ينفسخ) أى الوضع (بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا) أشار به إلى قوله في باب ما يحدثه الرجل فى الطريق و لو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله فالضمان على البائع (و لا ضمان على المشترى لأنه لم يشهد عليه و لو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به و الأصل) فى هذا الباب (أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط و تفريغ الهواء و من لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمستأجر و المرتهن و المودع و ساكن الدار) و فى بعض النسخ و سكان

---

(١)حيث لا يصح فان قيل في الطريق ينبغى أن يصح التاجيل و الاسقاط من واحد فى حقه حتى إذا سقط الحائط على هذا المؤجل أو ولى له أو مال له كان ينبغى أن لا يجب الضمان لأن له ولاية إسقاط حق نفسه قلنا حقه فى الطريق الاعظم غير معلوم و لا يحتمل الاسقاط و هو لا يحتمل الوصف بالتجزى حتى يسقط فى حق البعض دون البعض و حقه فى الطريق المرور فيه و هو لا يحتمل الاسقاط حتى لو قال أسقطت حقى فلا أمر فى هذا الطريق بعد هذا لا يعمل إسقاطه و لأن هذه شركة عامة و لا عبرة بها فى نفاذ التصرف ألا ترى أن تصرف واحد من المسلمين فى مال بيت المال لا ينفذ فى حقه و لا فى حق غيره لكون الشركة عامة كذا ههنا و إنما يصح من الواحد طلب التفريغ و الاشهاد باعتبار أن الواحد يقوم مقام جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعة و لهم فى الاشهاد منفعة أما فى التاخير ضرر فلا يقوم الواحد فيه مقامهم كفاية.

و يصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك و إلى الوصي و إلى أب اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الأم في الزيادات و الضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله و إلى المكاتب لأن الولاية له

الدار (و يصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك) أي على نقض الحائط (بواسطة الفكاك) أي فكاك الرهن فإن قلت لو كان الراهن مفلسا لا يقدر على قضاء الدين قلت بيع الدار و يقضى الدين من ثمنها حتى ينقضه المشترى فإن قلت من لم يجد من يشترى قلت سئل الجصاص عن هذه المسألة بعينها قال يكون التقدم إليه و إلى الأجنبي سواء و يجوز أن يتقدم إليه برفع الأمر إلى القاضي بأمر المرتهن بتمكنه من النقض إن كان المرتهن حاضرا و إن كان غائبا يأذن له بالنقض و إذا ترك ذلك فامكنه النقض بهذا الطريق يكون متعديا الكل من تاج الشريعة (و إلى الوصي) أي و يصح التقدم إلى الوصي (و إلى أب اليتيم) قال شيخنا العلاء رحمه الله تعالى المراد من اليتيم الصبي لأن اليتيم لا أب له و المراد من الأب الجد لأن الجد يسمى الأب عند عدم الأب (أو أمه) أي أم اليتيم (في حائط الصبي لقيام الولاية) للوصي و الأب و الأم (وذكر الأم في الزيادات) قال الأترازي رحمه الله تعالى و فيه نظر لأنه لم يذكر في الزيادات الأم بل ذكر الأب و الوصي كما ذكر في الأصل فقال في الزيادات حائط الصبي أشهد على أبيه أو على وصيه فالضمان على أبيه أو عاقلة الصبي فإن لم يسقط حتى كبر أو مات من أشهد عليه لم يكن فيه ضمان حتى يستأنف الاشهاد و إن أشهد على صحيح في حائط ثم جن أو ارتد و لحق بدار الحرب بطل الإشهاد إلى هنا لفظ زيادات محمد رحمه الله تعالى برواية الزعفراني عنه (و الضمان (١) في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء) أي فعل الوصي و الأب و الأم (كفعله) أي كفعل الصبي و التقدم إليهم كالتقدم إلى الصبي بعد (٢) بلوغه (و إلى المكاتب) أي يصح التقدم إلى المكاتب في حائط له مائل (لأن الولاية له)

---

(١)و الضمان في مال اليتيم يعني في تلف الأموال و على عاقلته في تلف النفوس قاضي زاده. (٢)بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط الحائط إذا بلغ الصبي بعد التقدم إلى الأب و الوصي أجيب بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصغير ما دامت ولايتهما باقية و قد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم إنهما في ترك الهدم يعملان للصبي و ينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي إذا ترك النقض بعد التقدم إليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن في ترك النقض دفع مضرة متحققة و هي مضرة مؤنة النقض و بنائه ثانيا و في نقضه دفع مضرة موهومة لجواز أن لا يسقط و إن سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان اه عناية فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصي على النقض لأن عدمه أنظر قلنا المراد هو الأنظرية من وجه سعدى.

و إلى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالًا فهو فى عنق العبد و إن كان نفسا فهو على عاقلة المولى لأن الاشهاد من وجه على المولى و ضمان المال أليق بالعبد و ضمان النفس بالمولى و يصح التقدم إلى أحد الورثة فى نصيبه و إن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه و هو المرافعة إلى القاضى و لو سقط الحائط

أى للمكاتب قال فخر الإسلام رحمه الله تعالى فى شرح الزيادات مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم فاشهد عليه ثم سقط فأتلف انسانا فعلى المكاتب الأقل من قيمته و من دية المقتول فان أدى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف انسانا ففيه دية القتيل على عاقلة مولاه و قال و إذا عجز المكاتب ثم سقط الحائط المائل فأتلف انسانا فدمه هدر و لا شيء على المولى لعدم الإشهاد عليه (و إلى العبد التاجر) أى يصح التقدم إلى العبد التاجر فى الحائط المائل (سواء كان عليه دين أو لم يكن لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً فهو فى (١) عنق العبد) حتى يباع فيه كما يباع فى ديون تجارته (و إن كان) أى التالف (نفسا فهو على عاقلة المولى لأن الإشهاد من وجه على المولى) لأن الحائط مملوك المولى و العبد متصرف للمولى (و ضمان المال أليق بالعبد) لأنه ملحق بالأموال (و ضمان النفس) أليق (بالمولى) لأن رقبة العبد غير قابلة لموجب جناية الدم لأنه يشبه الصلاة و العبد ليس بأهل لذلك (و يصح (٢) التقدم إلى أحد الورثة فى نصيبه و إن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه و هو المرافعة إلى القاضى) بمطالبة شركائه و حيث لم يفعل ذلك صار مفرطا فوجب الضمان بقسطه (و لو سقط الحائط

---

(١)فهو فى عنق العبد الخ. و ينبغى فى القياس أن يكون على المولى كضمان النفس و لكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد بالتزام ضمان المال كالحر فانه منفك الحجر عنه فى اكتساب سبب ذلك و فى التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه لأن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا فى المبسوط للسرخسىّ ص١١ ج٢٧. (٢)و يصح التقدم الخ. يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدرنصيبه فيه و هذا جواب الاستحسان و وجهه ما ذكره صاحب الهدايةّ كذا فى العناية و أما جواب القياس ففى المبسوط للسرخسىّ (ص١٠ ج٢٧) لا ضمان على أحد من الورثة أما الذى تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم مفيدا فى حقه فان واحدا منهم كما لا يتمكن من بنائه لا يتمكن من نقضه أيضا و أما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم فلم يكن واحدا منهم متعديا فى ترك التفريغ و الجواب أن الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم فى نصيبه أدى إلى الضرر و الضرر مدفوع اه بتفصيل ما.

المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه و إن عطب بالنقض ضمنه لأن التفريغ إليه إذ النقض ملكه و الاشهاد على الحائط إشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل و لو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه و هي ملكه ضمنه لأن التفريغ إليه و إن كان ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها.

المائل على انسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه (١)) أى لا يضمن صاحب الحائط الذى تعثر فهلك (لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه) أى لأن التفريغ عن القتيل الأول برفعه مفوض إلى الأولياء لأنهم الذين يتولون دفنه لا إلى صاحب الحائط (و إن عطب بالنقض (٢) ضمنه) أى صاحب الحائط (لأن التفريغ إليه) أى لأن تفريغ الطريق عن نقض الحائط إلى صاحب الحائط (إذ النقض ملكه و الإشهاد على الحائط) المائل (إشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل) عن الهواء و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يضمن صاحب الحائط إلا إذا تقدم إليه بالتفريغ عن النقض بعد سقوط الحائط و روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يضمن و إن لم يتقدم إليه بالتفريغ عن النقض (و لو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت) أى الجرة (بسقوطه) أى بسقوط الحائط (و هي ملكه) أى و الحال أن الجرة ملك صاحب الحائط (ضمنه) أى صاحب الحائط (لأن التفريغ إليه) أى إلى صاحب الحائط (و إن كانت) أى الجرة (ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها) أى مالك الجرة و في بعض النسخ و إن كان أى الجرة على تأويل المسمى قوله لا يضمنه أى لا يضمن صاحب الحائط لو عثر انسان بالجرة و لا يضمن صاحب الجرة لأنه لم يوجد الإشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها كالنقض و في المبسوط (٣)وضع شيئا على حائطه فوقع ذلك الشيء فأصاب انسانا

---

(١)لا يضمنه الخ. و طولب بالفرق بينها و بين ما إذا وقع الجناح في الطريق فتعثر انسان بنقضه و مات ثم تعثر رجل بالقتيل و مات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح و أجيب بأن إشراع الجناح في نفسه جناية و هو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق و من ألقى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به و إن لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسألة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية و بعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ و الترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الأول لا في حق القتيل الثاني كذا في العناية. (٢)بالنقض. و في المغرب: النقض (بالضم) البناء المنقوض و الجمع نقوض و عن الغوري النقض بالكسر لا غير اه. (٣)المبسوط للسرخسي ص ١١ ج٢٧.

قال و إذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنسانا ضمن خمس الدية و يكون ذلك على عاقلته و إن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بيرا و الحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته و هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا عليه نصف الدية على عاقلته فى الفصلين لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر و بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر فى عقر الأسد و نهش الحية و جرح الرجل و له أن الموت حصل بعلة واحدة و هو الثقل المقدر و العمق المقدر لأن أصل ذلك

فلا ضمان عليه لأنه وضعه في ملكه فلا يكون متعديا فيما يحدثه فى ملكه سواء كان الحائط مائلا أو لم يكن لأنه فى الموضعين لا يكون ممنوعا من وضع متاعه على ملكه و لكن ذكر فى المبسوط سقوط الجرة فقط و فى رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على احدهم فقتل إنسانا ضمن خمس الدية و يكون ذلك على عاقلته و إن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بيرا و الحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته و هذا) أى الحكم المذكور (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال (١) أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (عليه نصف الدية على عاقلته فى الفصلين) أى فى فصل الحائط المشترك بين خمسة و فصل دار بين ثلاثة نفر و به قال احمد رحمه الله تعالى (لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر و بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم (٢) نصفين كما مر (٣) فى عقر الأسد و نهش الجية و جرح الرجل) فإنه يكون نصفين النصف على الرجل الجارح و النصف هدر (و له) أى لأبى حنيفة رحمه ا لله تعالى (أن الموت حصل بعلة واحدة و هو الثقل (٤) المقدر) المهلك (و العمق المقدر) المهلك لا مجرد الثقل و مجرد العمق لأن اليسير من ذلك لا يصلح علة للتلف (لأن أصل ذلك) أى أصل

(١)قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. و قيل جواب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا مات القتيل بثقل الحائط و أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يخالفانه فى ذلك و جوابهما فيما إذا مات بسبب الجرح بأن جرحه الحائط و أبو حنيفة رحمه الله تعالى يوافقهما فى ذلك كذا فى الكفاية. (٢)فانقسم نصفين و فى الحفر باعتبار ملكه غير متعد و باعتبار ملك شريكه متعد فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين زيلعى. (٣)كما مر فى باب ما يوجب القصاص و ما لا يوجبه تحت مسئلة و من شج نفسه و شجه رجل و عقره أسد إلى آخره. (٤)الثقل المقدر يعنى فى الحائط و العمق المقدر يعنى فى البئر عناية و كفاية.

ليس بعلة و هو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل و إذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية.

باب جناية البهيمة و الجناية عليها

قال الراكب ضامن لما

الثقل و العمق (ليس بعلة و هو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل و إذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت) أى الجراحة (أو كبرت على ما عرف إلا أن عند المزاحمة أضيف (١) إلى الكل لعدم الأولوية) فى الاضافة إلى البعض.

(باب جناية (٢) البهيمة و الجناية عليها)

أى هذا باب فى بيان أحكام جناية البهيمة و فى بيان أحكام جناية الآدمى على البهيمة و كان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق فى المملوك الذى هو العبد و لكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل و النطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (الراكب (٣) ضامن لما

---

(١)أضيف إلى الكل لعدم رجحان البعض على بعضها فلما أضيف التلف إلى الكل و بعض الجراحات معتبر فى إضافة الضمان إليه و بعضها غير معتبر فجعل الذى هو غير معتبر شيئا واحدا و إن تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحد النصفين و أهدر الآخر و هذا لأنه إذا لم يصلح البعض لاضافة الحكم إليه و صلح لقطع النسبة من المزاحمة ظهرت المزاحمة فى قطع النسبة و إن لم يظهر فى حق استحقاق الحكم كفاية فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيئا من الحائط فكيف يصح التقدم إليه قلنا إن لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من إصلاحه بطريقه و هو المرافعة إلى الحكام و به يحصل الغرض لأن المقصود إزالة الضرر بأىّ طريق كان و لا تتعين بالهدم زيلعى. (٢)باب جناية البهيمة الخ. قلت نسبة الجناية إلى البهيمة لمشاكلة الجناية عليها شامية.

(٣)الراكب ضامن الخ. اعلم أن جناية الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لأنها إما أن تكون فى ملك صاحبها أو فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين فان كانت فى ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا فاما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون فان كان الثانى لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفحت أو كدمت و إن كان الأول فاما أن يكون سائقا لها أو قائدا و إما أن يكون راكبا عليها أو لا فان كان الأول لم يضمن صاحبها فى الوجوه كلها أتلفت نفسا أو مالا لأن صاحبها فى هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار و هو الدابة و المتسبب إنما يضمن إذا كان متعديا و لا تعدى فى إيقاف الدابة أو تسييرها في ملكه و إن كان الثانى و هو يسير فان وطئت بيدها أو برجلها ضمن و إن كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لأن فى الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لأن ثقله و ثقل الدابة =>

أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت و كذا إذا صدمت و لا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها و الأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه و في حق غيره من وجه لكونه

أوطأت (١) الدابة ما (٢) أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت) الكدم (٣) العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار و الخبط (٤) الضرب باليد (و كذا) أى يضمن الراكب (إذا صدمت) الصدم (٥) الضرب بالجسد و منه إذا قتل الكلب الصيد صدما لا يؤكل و اصطدم الفارسان يعني ضرب أحدهما الآخر بنفسه (و لا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) يقال نفحت (٦) الدابة الشيء إذا ضربته بحد حافرها (و الأصل (٧)) أى في هذا (أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف (٨) في حقه من وجه و في حق غيره من وجه لكونه) أى

=> اتصلا بالمتلف فكأنهما وطئاه جميعا و المباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن و في الثاني متسبب غير متعد و إن كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان أدخلها صاحبها فيه أو لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لأنه ليس بمتسبب و لا مباشر و إن كان الأول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها أو قائدها أو لا واقفة أو سائرة لأن صاحبها إما مباشر أو متسبب متعد إذ ليس له إيقاف الدابة و تسييرها في ملك الغير بغير إذنه و إن كانت في طريق المسلمين و قد أوقفها صاحبها (لغير البول و الروث) فعليه ضمان ما تلف في الوجوه كلها لأنه بالايقاف متسبب متعد إذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه و إن كانت سائرة فاما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله أو انفلتت فان كان الأول ضمن ما أتلفت مالم تتحول عن جهة الارسال يمنة أو يسرة لأن إرسالها بلا حافظ سبب للاتلاف و هو فيه متعد و إن كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها و إن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكبا كان أو سائقا أو قائدا إلا النفحة بالرجل أو الذنب لأنه مباشر أو متسبب متعد و الغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنفؒ الراكب ضامن لما أوطأت الدابة إلى قوله و كذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه لأن هذا الجواب إن استقام في قوله ما أصابت بيدها أو برجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر آنفا كذا في العناية . (١)لما أوطأت الدابة. قلت الصحيح لما وطئت الدابة و قيل يجوز أن يكون مفعولا الايطاء محذوفين و تقديره أوطأت الدابة يدها أو رجلها إنسانا فيكون من باب فلان يعطي عناية. (١)لما أوطأت الدابة أى من نفس أو مال شامية عن در منتقى فيجب الدية عليه و على عاقلته و إن كان العاطب عبدا وجبت قيمته على العاقلة أيضا لأن ديته قيمته و إن مالا وجبت قيمته في ماله و إن ما دون النفس فما أرشه أقل من نصف عشر الدية ففي ماله و إن نصف العشر فصاعدا فهو على العاقلة جوهرة ملخصا. (٢)ما أصابت الخ. بدل من قوله لما أوطأت الدابة عناية. (٣)الكدم الخ. كذا في المغرب. (٤)الخبط الخ. و في لسان العرب: خبطه يخبطه (من باب ضرب) خبطا ضربه ضربا شديدا و خبط البعير بيده يخبط خبطا ضرب الأرض بها و في التهذيب الخبط ضرب البعير الشيء بخف يده و الخبط في الدواب الضرب بالأيدى دون الأرجل و قيل يكون للبعير باليد و الرجل و كل ما ضربه بيده فقد خبطه اه ملخصا. (٥)الصدم الخ. نحوه في المغرب. (٦)نفحت الدابة الخ. كذا في المغرب. (٧)و الأصل أى في مسائل هذا الباب و كذا الأصل أيضا أن المتسبب ضامن إذا كان متعديا و إلا لا يضمن و المباشر يضمن مطلقا كما يظهر من الفروع شامي عن رحمتي. (٨) لأنه يتصرف الخ. أما أنه يتصرف في حقه فلأن =>

مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه و لا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف و سد بابه و هو مفتوح و الاحتراز عن الإيطاء و ما يضاهيه ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه و النفحة بالرجل و الذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فإن أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا لأنه يمكنه التحرز عن الايقاف و إن لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الإيقاف و شغل الطريق به فيضمنه. قال و إن

لكون طريق المسلمين (مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا) من شرط السلامة (ليعتدل النظر من الجانبين) أى من جانب صاحب الدابة و جانب الرجل الذى جنى عليه من جهة الدابة (ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه و لا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه (١) من المنع عن التصرف و سد بابه) أى باب التصرف (و هو مفتوح) أى و الحال أن باب التصرف مفتوح (و الاحتراز عن الإيطاء و ما يضاهيه) أى و ما يشابهه (ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه و النفحة بالرجل و الذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به) أى بشرط السلامة (فإن أوقفها (٢) فى الطريق ضمن النفحة أيضا لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف و إن لم يمكنه) أى التحرز (عن النفحة فصار متعديا فى الإيقاف و شغل الطريق به) أى بالايقاف (فيضمنه) و لو كانت سائرة و صاحبها معها قائدا أو سائقا أو راكبا يضمن جميع ما جنت إلا النفحة بالرجل أو الذنب و به قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و عند الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى فى رواية يضمنها أيضا و هو قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى لا يضمنها. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن

=> الانسان لا بد له من طريق يمشى فيه لترتيب مهماته فالحجر عن ذلك حرج و هو مدفوع و أما أنه يتصرف فى حق غيره فلأن غيره فيه كهو فى الاحتياج فبالنظر إلى حقه يستدعى الاباحة مطلقا و بالنظر إلى حق غيره يستدعى الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين عناية. (١)لما فيه الخ. يعنى أنا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه لأنه يمتنع من المشى و السير على الدابة مخافة أن يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه فأما ما يستطاع الامتناع عنه لو شرطنا عليه صفة السلامة من ذلك لا يمتنع عليه استيفاء حقه و إنما يلزمه به نوع احتياط فى الاستيفاء كذا فى المبسوط ص١٨٨ ج٢٦. (٢)فان أوقفها. و فى المغرب: وقفه حبسه وقفا و وقف بنفسه وقوفا يتعدى و لا يتعدى قالوا و لا يقال أوقفه إلا فى لغة رديئة و قيل يقال وقفه فيما يحبس باليد و أوقفه فيما لا يحبس بها اه ملخصا.

أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن و إن كان حجرا كبيرا ضمن لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه و في الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة إنما ذلك بتعنيف الراكب و المرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف. قال فإن راثت أو بالت في الطريق و هي تسير فعطب به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه و كذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف و إن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير

أصابت) أي الدابة (بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن و إن كان حجرا كبيرا ضمن لأنه في الوجه الأول) و هو ما إذا كان الحجر صغيرا (لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه و في الثاني) أي و في الوجه الثاني و هو ما إذا كان الحجر كبيرا (ممكن) أي الاحتراز ممكن (لأنه ينفك عن السير عادة إنما ذلك بتعنيف الراكب) في أمر السوق فيوصف بالتعدي فيؤخذ به (و المرتدف فيما ذكرنا كالراكب) أراد بالمرتدف الرديف و قوله فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية (لأن المعنى لا يختلف) لأن الدابة في أيديهما يسيرانها و يصرفانها كيف شاءا و هذا مروى عن شريح رحمه الله تعالى و تجب الكفارة عليهما لأنهما مباشران للقتل بخلاف القائد و السائق لا كفارة عليهما لأنهما مسببان للقتل و الكفارة جزاء مباشرة القتل كذا في المبسوط (١) و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعي و احمد و اسحاق رحمهم الله تعالى لا يضمن الرديف و عن احمد رحمه الله تعالى أرجو أن لا شيء عليه إذا كان أمامه من يمسك العنان. (قال) أي القدوري (فإن راثت أو بالت في الطريق و هي تسير فعطب به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه و كذا) أي لا يضمن (إذا أوقفها) أي الدابة (لذلك) أي لأجل البول أو الروث (لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك) أي البول و إلقاء الروث (إلا بالايقاف و إن أوقفها لغير ذلك) أي لغير البول و رمي الروث (فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن (٢) لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير

(١) المبسوط للسرخسي ص ١٩٠ ج ٢٦. (٢) ضمن إلا في موضع إذن الامام بايقافها فلا يضمن در مختار و كذا إذا أوقفها في المفاوز في غير المحجة فانه لا يضمن و لو بغير إذنه لأنه لا يضر الناس بخلاف المحجة كما في الاختيار قهستاني و المحجة الطريق مغرب قال الرحمتي فلو أوقفها للازدحام أو لضرورة أخرى ينبغي أنه إن أمكنه العود أو التخلص يضمن و إلا فلا شامية.

ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به و السائق* ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها و القائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها و المراد النفحة قال هكذا ذكره القدورى رحمه الله تعالى فى مختصره و إليه مال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى و وجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه و غائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه و قال أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى إن السائق لا يضمن النفحة أيضا و إن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها و بهذا ينطق أكثر النسخ و هو الأصح قال الشافعى رحمه الله تعالى يضمنون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم و الحجة عليه ما ذكرناه

ثم هو) أى الإيقاف (أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه (١) أدوم منه) أى من السير (فلا يلحق به) أى بالسير و الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يفرقون و يوجبون الضمان بالروث و البول فى الطريق مطلقا و قال (٢) ابن قدامةؒ و قياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يمكن التحرز عنه (و السائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها و القائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) هذا لفظ القدورىؒ و قال المصنف رحمه الله تعالى (و المراد النفحة) أى المراد من قوله أو رجلها فى مسئلة السائق و من قوله دون رجلها فى مسئلة القائد النفحة بالرجل (قال) أى المصنفؒ (هكذا ذكره القدورىؒ فى مختصره و إليه مال بعض المشايخ) أى بعض مشايخ العراق رحمهم الله تعالى (و وجهه) أى وجه ما ذكره القدوري رحمه الله تعالى (أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه و غائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز منه و قال أكثر المشايخ) أى مشايخ ديارنا ذكره فى الذخيرة و هم مشايخ ماوراء النهر رحمهم الله تعالى (إن السائق لا يضمن النفحة أيضا و إن يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها) يقال كبح الدابة بلجامها هو أن يجذبها إلى نفسه لتقف (و بهذا) أى بقول أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى (ينطق أكثر النسخ) أى نسخ القدورى (و هو الأصح قال الشافعى رحمه الله تعالى يضمنون النفحة كلهم) أى الراكب و السائق و القائد و به قال مالك و احمد و ابن أبى ليلى رحمهم الله تعالى (لأن فعلها) أى فعل الدابة (مضاف إليهم) أى إلى الراكب و السائق و القائد (و الحجة عليه) أى على الشافعى رحمه الله تعالى (ما ذكرناه) أشار إلى قوله و

---

(١) لما أنه الخ. أى لأن الايقاف أدوم من التسيير و ربما يكون مانعا لغيره من المرور فيكون فوق المرور فلا يلحق به بدلالة النص كفاية. (٢) قال ابن قدامة الحنبلىؒ فى المغنى ص ٥٧٦ ج ٩.

و قوله عليه الصلاة و السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل و إنتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره و هذا تخويف بالضرب

غائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه (و قوله عليه الصلاة و السلام) عطف على قوله ما ذكرناه أى الحجة عليه قوله عليه الصلاة و السلام أى قول النبى ﷺ (الرجل جبار) هذا الحديث أخرجه (١) أبو داودؒ عن سفيان بن حسين عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال الرجل جبار و قال الخطابىؒ تكلم الناس فى هذا الحديث قيل إنه غير محفوظ و سفيان بن حسين معروف بسوء الحفظ قلت استشهد به البخارىؒ و أخرج له مسلمؒ فى المقدمة و رواه (٢) محمدؒ فى كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة حدثنا حماد عن ابراهيم النخعى رحمهم الله تعالى عن النبى ﷺ قال العجماء جبار و القليب جبار و الرجل جبار و المعدن جبار و فى الركاز الخمس و هو معضل قوله جبار أى هدر (معناه النفحة بالرجل) يعنى المراد من الرجل النفحة بالرجل لأن الوطى مضمون بالاجماع (و إنتقال الفعل) هذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى لأن فعلها مضاف إليهم بالقياس على الاكراه بيانه أن انتقال الفعل إلى غير إنما يكون (بتخويف القتل كما فى المكره و هذا تخويف بالضرب) فلا يلحق به قال الأكملؒ قيل و فيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه و إنما قال بناء على أصل آخر و هو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها و لا كلام فيه و إنما الكلام فى النفحة و مع ذلك لا يخلو (٣) عن ضعف و الجواب (٤) القوى ما ذكره بقوله و الحجة عليه ما ذكرناه و قوله عليه الصلاة و

(١)أخرجه أبو داودؒ فى الديات باب فى الدابة تنفح برجلها ص٢٨٣ ج٢ و الدارقطنىؒ فى الحدود و الديات ص١٥٢ و ص١٧٨ ج٣ و قال الدارقطنىؒ لم يروه غير سفيان بن حسين و خالفه الحفاظ عن الزهرى منهم مالك و ابن عيينة و يونس و معمر و ابن جريج و الزبيدى و عقيل و ليث بن سعد و غيرهم كلهم رووه عن الزهرى فقالوا العجماء جبار و البئر جبار و المعدن جبار و لم يذكروا الرجل و هو الصواب و أخرج الدارقطنىؒ أيضا من طريق آدم بن أبى أياس عن شعبة عن محمد بن زياد عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه مرفوعا نحوه و قال لم يروه عن شعبة غير آدم قوله الرجل جبار و أخرجه الدارقطنىؒ أيضا عن عبدالملك بن أحمد الزيات عن حفص بن عمرو عن عبدالرحمن عن سفيان عن أبى قيس عن هزيل قال قال رسول الله ﷺ المعدن جبار و البئر جبار و السائمة جبار و الرجل جبار و فى الركاز الخمس و أخرجه أيضا عن اسماعيل الصفار عن الدقيقى عن مسلم بن سلام عن محمد ابن طلحة عن عبدالرحمن بن ثروان عن هزيل عن عبدالله رضى الله تعالى أظنه مرفوعا قال العجماء جبار و المعدن جبار و البئر جبار و الرجل جبار و فى الركاز الخمس و سكت عنهما الدارقطنىؒ. (٢)رواه محمد بن الحسنؒ فى الديات باب دية الخطأ و ما تعقل العاقلة ص١٤٧. (٣)لا يخلو عن ضعف فانه إذا كان سير الدابة مضافا إلى راكبها تكون النفحة مضافة إليه أيضا سعدى. (٤)و الجواب القوى الخ. قال سعدىؒ هذا جواب بطريق المعارضة.

و فى الجامع الصغير و كل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق و القائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف و هو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها و لا كفارة عليهما و لا على الراكب فيما وراء الايطاء لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله و ثقل الدابة تبع له لأن سير الدابة مضاف إليه و هى آلة له و هما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء و كذا الراكب فى غير الايطاء و الكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالإيطاء فى حق الراكب حرمان الميراث و الوصية دون السائق و القائد لأنه يختص بالمباشرة و لو كان راكب و سائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا و السائق مسبب و الإضافة إلى المباشر أولى

السلام الرجل جبار (و فى الجامع الصغير) إنما أتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلى و بيان الكفارة (و كل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق و القائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف و هو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها و لا كفارة عليهما) أى على السائق و القائد (و لا على الراكب فيما وراء الايطاء) كالنفحة بالرجل و الذنب فى ذلك و إنما الكفارة عليه فى الإيطاء لأنه مباشر فيه و هو معنى قوله (لأن الراكب مباشر فيه) أى فى الايطاء (لأن التلف بثقله) أى بثقل الراكب (و ثقل الدابة تبع له) أى للراكب (لأن سير الدابة مضاف إليه) أى إلى الراكب ألا ترى أنه يقال سار فرسخا و إن كان هو جالسا فى سرجه لا يتحرك و لهذا لو سار على دابته فى ملكه فوطئت انسانا بيدها أو رجلها فقتلته فعليه الكفارة و الدية إذ المباشرة فى الملك و غيره سواء ذكره فى المبسوط (و هى آلة له) أى الدابة آلة للراكب (و هما) أى السائق و القائد (مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل) أى إلى محل الهلاك (شيء و كذا الراكب) أى لا كفارة عليه (فى غير الإيطاء) لأنه مسبب فى ذلك (و الكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب فيجب عليه الكفارة فى الإيطاء لأنه مباشر فيه (و كذا يتعلق بالايطاء فى حق الراكب حرمان الميراث و الوصية دون السائق و القائد لأنه) لأن كل واحد من حرمان الميراث و الوصية (يختص بالمباشرة و لو كان راكب و سائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا) من قوله لأن التلف بثقله (و السائق مسبب و الاضافة إلى المباشر أولى) لأنه لا عبرة

و قيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان. قال و إذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روى ذلك عن على رضى الله تعالى عنه و لأن كل واحد منهما مات بفعله و فعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه و صاحبه فيهدر نصفه و يعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه و صاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا

للتسبيب مع المباشرة ألا ترى إلى الدفع مع الحفر (و قيل الضمان عليهما) أى على الراكب و السائق (لأن كل ذلك سبب الضمان) أى كل واحد منهما بانفراده عامل فى الاتلاف لأن كل واحد لو انفرد أوجب الضمان و قال الكرخي في مختصره و لو أمر بنخسها و هو يسير فوطئت إنسانا فقتلته فالدية عليهما نصفان لأن هما الآن راكب و سائق يعنى أن الناخس كالسائق و لو كان ثمة سائق و راكب يشتركان في الضمان فكذا الناخس و الراكب و قال الإمام الاسبيجابي فإن كان سائق و راكب أو سائق و قائد أو راكب و قائد فالضمان عليهما جميعا غير أن الكفارة على الراكب وحده. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إذا اصطدم (١)فارسان) التقييد (٢) بالفارسين اتفاقي لأن الحكم في الماشيين كذلك أو التقييد بهما بحسب الغالب (فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر) و به قال مالك رحمه الله تعالى (لما روى ذلك عن على رضى الله تعالى عنه) هذا (٣) غريب على ما نبينه إن شاء الله تعالى (و لأن كل واحد منهما مات بفعله و فعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه و صاحبه فيهدر نصفه و يعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه و صاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهار) أى سقط (عليهما يجب (٤) على كل واحد منهما النصف فكذا هذا) و هذا الذى ذكره زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى وجه القياس و وجه الاستحسان ما ذكره أصحابنا رحمهم الله تعالى و به قال احمد رحمه الله

(١)اصطدم فارسان أى تضاربا بالجسد در منتقي و هذا ليس على إطلاقه بل محمول على ما إذا تقابلا لما فى الاختيار سار رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم و إن عطب المقدم فالضمان على المؤخر و كذا فى سفينتين اه ط عن أبى السعود كذا فى الشامية. (٢)التقييد بالفارسين الخ. قال فى السعدية: لعل الأولى أن يقال إنما خصهما بالذكر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة اه. (٣)هذا غريب كذا فى نصب الراية ص٣٨٦ ج٤. (٤)يجب على كل واحد منهما النصف أى نصف الدية. قال الزيلعي: يجب على عاقلة كل نصف الدية اه. قال الشلبي: لأن العمد ههنا بمنزلة الخطا لأنه شبه عمد إذ هو تعمد الاصطدام و لم يقصد القتل و لذا وجب على العاقلة اه.

و لنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله فى نفسه مباح و هو المشى فى الطريق فلا يصلح مستندا للإضافة فى حق الضمان كالماشى إذا لم يعلم بالبئر و وقع فيها لا يهدر شيء من دمه و فعل صاحبه و إن كان مباحا لكن الفعل المباح فى غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره و روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا و فيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

تعالى و هو قوله (ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله فى نفسه مباح و هو المشى فى الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة فى حق الضمان كالماشى إذا لم يعلم بالبئر و وقع فيها لا يهدر شيء من دمه) و إن كان لولا مشيه لم يقع فى البير فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه ايضا و إن كان لولا تقرب نفسه من الصدوم لم يهلك (و فعل صاحب و إن كان مباحا لكن الفعل المباح فى غيره) أى فى غير نفسه (سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره) فأهلكه يجب عليه الضمان (و روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية) هذا رواه (١) ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا عبدالرحيم بن سليمان عن أشعث عن حماد عن ابراهيم عن على رضى الله تعالى فى فارسين اصطدما فمات أحدهما فضمن الحى الميت (فتعارضت روايتاه) أى روايتا على رضى الله تعالى عنه (فرجحنا) أى هذه الرواية (بما ذكرنا) من الدليل وقال الكاكى أو نقول ما روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل منهما فى العمد كما ذكر فى الكتاب قلت هذا كله تكلف و قد ذكرنا أن حديث على رضى الله تعالى عنه المذكور الذى احتج به زفر و الشافعى رحمهما الله تعالى غريب يعني لم يثبت فمن أين يتأتى التعارض و هذا من قلة الاطلاع فى كتب الاحاديث (و فيما ذكر) أى الخصم (من المسائل) المذكورة (الفعلان) و هما الاصطدام عمدا و الجرح (محظوران) أى غير مشروعين فاذا كان كذلك (فوضح الفرق) بين المقيس و المقيس عليه و فى الاجناس (٢) قال

---

(١)رواه ابن أبى شيبة فى الديات (باب) الرجل يصدم الرجل ص٣٣٢ ج٩ و روى أيضا فى هذا الباب عن أبى خالد عن أشعث عن الحكم عن على رضى الله تعالى عنه فى الفارسين يصطدمان قال يضمن الحى دية الميت و روى عبدالرزاق فى العقول باب المقتتلان و الذى يقع على الآخر أو يضربه ص٥٤ ج١٠ عن أشعث عن الحكم عن على رضى الله تعالى عنه أن رجلين صدم أحدهما صاحبه فضمن كل واحد منهما صاحبه يعنى الدية. (٢)و فى الاجناس الخ. قال فى الدر المختار: لو تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا و ماتا على القفا هدر دمهما لموت كل بقوة نفسه فان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لموته بقوة صاحبه فان تعاكسا بأن وقع أحدهما على القفا و الآخر على الوجه فدية الواقع على الوجه على عاقلة الآخر لموته بقوة =>

هذا الذى ذكرنا إذا كانا حرين فى العمد و الخطأ و لو كانا عبدين يهدر الدم فى الخطأ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا و فداء و قد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة و كذا فى العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى و لم يخلف بدلا و لو كان أحدهما حرا و الآخر عبدا ففى الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر

أبو يوسف رحمه الله تعالى فى نوادر هشامٌ فى رجلين تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فوقعا على أقفيتهما هدر دمهما و إن وقعا على وجههما جميعا فماتا أنه يضمن كل احد منهما دية صاحبه و لو وقع أحدهما على قفاه و الآخر على وجهه فماتا ضمن صاحب القفا دية صاحب الوجه و لو قطع أجنبى الحبل فوقعا جميعا على أقفيتهما فماتا ضمن القاطع ديتهما و ضمن الحبل و قيل لمحمد رحمه الله تعالى إن وقعا على وجههما إذا قطع الحبل قال محمد رحمه الله تعالى لا يكون (١) هذا من قطع الحبل و قال محمد رحمه الله تعالى فى نوادر ابن رستمٌ لو وقعا على أقفيتهما و ماتا لا ضمان على قاطع الحبل (هذا (٢) الذى ذكرنا) و هو أنه يجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر (إذا كانا حرين فى العمد و الخطأ و لو كانا عبدين يهدر) أى يسقط (الدم فى الخطأ) يعنى إذا اصطدم العبدان خطأ فماتا هدر الدم (لأن الجناية تعلقت برقبته) أى برقبة العبد الجانى (دفعا و فداء) أى من حيث دفع المولى إياه و من حيث أن يفديه و لما مات قبل ذلك فات محل الجناية بلا خلف و لا يضمن المولى شيئا لأن موت العبد لم يكن من فعله و هو معنى قوله (و قد فات) أى العبد (لا إلى خلف) لفوات محل الجناية (من غير فعل المولى) فى العبدين (فسقط) أى الدم (ضرورة) و فى بعض النسخ فهدر ضرورة (و كذا) الحكم (فى العمد (٤)) يعنى فيما إذا وقع الاصطدام عمدا منهما (لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى و لم يخلف بدلا) لأن العبد لا مال له (و لو كان أحدهما) أى أحد المصطدمين (حرا و الآخر عبدا ففى الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد) لأن كل شيء من الحر فيه الدية ففيه من العبد القيمة و كل شيء من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة (فيأخذها) أى القيمة (ورثة المقتول الحر و يبطل

=> صاحبه و هدر دم من وقع على القفا لموته بقوة نفسه و لو قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل منهما على القفا فماتا فديتهما على عاقلة القاطع لتسببه بالقطع اه. (١)لا يكون هذا من قطع الحبل. قال ابن عابدينٌ يحتمل أن يراد بذلك نفى التصور أو نفى الضمان تأمل اه. (٢)هذا الذى ذكرنا أى وجوب تنصيف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد منهما و فى الخطا الدية الكاملة إلا أنه ذكر الخطا فى وضع المسئلة و العمد فى بيان قول الخصم عناية.
(٤)فى العمد و هو ههنا بمنزلة الخطأ كفاية.

و يبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن على أصل أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول و يبطل ما زاد عليه لعدم الخلف و في العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد و هذا القدر يأخذه ولي المقتول و ما على العبد في رقبته و هو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل و هو نصف القيمة. قال و من ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن و كذا على هذا سائر أدواته كاللجام و نحوه و كذا ما يحمل عليها لأنه متعد في هذا التسبيب لأن الوقوع بتقصير منه و هو ترك الشد أو الاحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة و لأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس

حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة) أي على قيمة العبد لأنه لم يخلف شيئا فيما زاد (لأن على أصل أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى تجب القيمة على العاقلة) أراد أن الأصل أن العبد المقتول خطأ تجب قيمته على العاقلة عندهما و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال في مال القاتل و إنما تجب قيمة العبد على العاقلة عندهما (لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه) أي بدل العبد (ورثة الحر المقتول و يبطل ما زاد عليه لعدم الخلف و في العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد و هذا القدر يأخذه ولي المقتول و ما على العبد في رقبته و هو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل و هو نصف القيمة) فيأخذه الورثة من مولى العبد. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) هذا لفظ الجامع و قال المصنفؒ (و كذا على هذا) أي على هذا الحكم يعني وجوب الضمان على السائق إذا وقع (سائر أدواته كاللجام و نحوه) مثل الركاب و غير ذلك (و كذا) الحكم في وقوع (ما يحمل عليها) أي على الدابة (لأنه متعد) أي لأن السائق قد تعدى (في هذا السبب لأن الوقوع) أي وقوع هذه الأشياء (بتقصير منه) أي من السائق (و هو) أي التقصير (ترك الشد أو الاحكام فيه) أي في الشد (بخلاف الرداء) الملبوس إذا سقط فأتلف شيئا حيث لا يجب الضمان (لأنه) أي لأن الرداء (لا يشد في العادة) و لو تعثر اللابس فسقط على الطريق ثم تعثر به إنسان لم يضمن فكذا إذا سقط ردائه (و لأنه) أي و لأن السائق (قاصد لحفظ هذه الأشياء) يعني السرج و سائر الأدوات (كما في المحمول على عاتقه) إذا وقع على شيء فأتلفه فإنه يجب الضمان (دون اللباس) يعني لا يجب

على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة. قال و من قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه و التسبيب بوصف التعدى سبب الضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه و ضمان المال فى ماله و إن كان معه سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد للكل و كذا سائقه لاتصال الأزمة و هذا إذا كان السائق فى جانب من الابل أما إذا كان توسطها و أخذ بزمام واحد يضمن ما عطب

الضمان فيه لأنه لا يقصد حفظه (على ما مر من قبل) أى فى باب ما يحدثه الرجل فى الطريق (فيقيد بشرط السلامة) يعنى فى حكم السائق. (قال) أى القدورىّ (و من قاد قطارا) القطار (١) الإبل تقطر على نسق واحد و الجمع (٢) قطر (فهو) أى القائد (ضامن لما أوطأ) أى القطار (فإن وطئ بعير) أى من القطار (إنسانا ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق و قد أمكنه ذلك و قد صار متعديا بالتقصير فيه و التسبيب بوصف التعدى سبب الضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه و ضمان المال فى ماله و إن كان معه) أى مع القائد (سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد للكل و كذا سائقه) أى سائق الواحد (لاتصال الأزمة) أى أزمة القطار و هو جمع زمام و فى المبسوط (٣) القائد مقرب للابل مما أصاب بالصدمة أو غيرها و كذا السائق مقرب من ذلك فيشتركان فى الضمان لاستوائهما فى السبب و إن كان بينهما سائق للإبل وسط القطار فالضمان فى جميع ذلك عليهم أثلاثا و قال الكرخىّ و قال محمد رحمه الله تعالى فى الأمالى لو أن رجلا كان يقود قطارا و آخر من خلف القطار ليسوقه و على الإبل قوم فى الحامل نيام أو غير نيام فوطئ بعير إنسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد و السائق و الراكبين على البعير الذى وطئ جميعا و الذين قدام البعير الذى وطى على عواقلهم جميعا عدد الرؤوس و الكفارة على الراكبين خاصة و قال الكرخى رحمه الله تعالى و من كان من الركبان خلف البعير الذى وطئ لا يزجر الإبل و لا يسوقها راكبا على بعير منها أو غير راكب فلا ضمان على أحد منهم لأنهم ليسوا بقادة و لا ساقة (و هذا) أى وجوب الضمان على السائق و القائد جميعا فيما (إذا كان السائق فى جانب من الإبل أما إذا كان توسطها و أخذ بزمام واحد) من الإبل (يضمن ما عطب

---

(١) القطار الخ. كذا فى المغرب القطارة و القطار (بالكسر فيهما) أن تشد الابل على نسق واحدا خلف واحد لسان العرب. (٢) الجمع قطر و قطرات (بضمتين فيهما) و العامة تقول قطارات (بالكسر) تاج العروس.
(٣) المبسوط للسرخسىّ ص٣ ج٢٧.

بما هو خلفه و يضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام و السائق يسوق ما يكون قدامه قال و إن ربط رجل بعيرا إلى القطار و القائد لا يعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فإذا ترك الصيانة صار متعديا و فى التسبيب الدية على العاقلة كما فى القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذى أوقعهم فى هذه العهدة و إنما لا يجب الضمان عليهما فى الابتداء و كل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط و القطار تسير لأنه آمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما إذا ربط و الابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قاد بعير

بما هو خلفه و يضمنان) أى القائد الأول و الثانى (ما تلف بما بين يديه) أى بين يدى السائق (لأن القائد) الأول (لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام) أى لانقطاعه (وَ السائق يسوق ما يكون قدامه) حتى لو لم يسق ما كان قدامه يكون الضمان على القائد الأول لا غير كذا ذكر فى المغنى (قال و إن ربط رجل بعيرا إلى القطار و القائد لا يعلم) قيد به إذ لو علم القائد بالربط حال السير فالدية على عاقلته و لا يرجعون بها على عاقلة الرابط لأن القائد لما علم بالربط فقد رضى بما يلحقه من الضمان فلا يرجع الحاصل أن جهل القائد بالربط لا ينفى ابتداء وجوب الضمان عنه لوجود الاتلاف منه و الجهل يزيل الاثم دون الضمان كالنائم إذا انقلب على انسان (فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا و فى التسبيب الدية على العاقلة كما فى القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذى أوقعهمَ فى هذه العهدة و إنما لا يجب الضمان عليهما) أى على القائد و الرابط (فى الابتداء و كل منهما) أى و الحال أن كلا منهما (مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة) و لا شك أن المباشرة أقوى كالحافر مع الدافع (لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (هذا) أى رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط (إذا ربط و القطار تسير) الواو فيه للحال (لأنه) أى لأن الرابط (آمر بالقود دلالة) يعنى آمر للقائد بقود بعيره حين سار من حيث الدلالة و إن لم يكن صريحا (فاذا لم يعلم به) أى فإذا لم يعلم القائد بالربط (لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما إذا ربط و الابل قيام) أى و الحال أن الابل قائمون و واقفون (ثم قادها ضمنها القائد) أى بلا رجوع (لأنه قاد بعير

غيره بغير إذنه لا صريحا و لا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه. قال و من أرسل بهيمة و كان لها سائق فأصابت فى فورها يضمنه لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق قال و لو أرسل طيرا و ساقه فأصاب فى فوره لم يضمن و الفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه و الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق و عدمه بمنزلة و كذا لو أرسل كلبا و لم يكن له سائقا لم يضمن و لو أرسله إلى صيد و لم يكن له سائقا فأخذ الصيد و قتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة فى فعلها و لا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها هذا هو الحقيقة

غيره بغير إذنه لا صريحا و لا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه) أى على الرابط قال المحبوبى قال الحلوانى إذا ربط حال قيام الإبل و وقوفها لا يضمن الرابط لأن ربطه قد زال بقود القائد فيبرأ عن موجبها كمن وضع حجرا و حوله غيره من ذلك إلى موضع آخر لم يكن على الواضع الأول ضمان ما تلف به لأنه لما حوله غيره زالت جناية الواضع الأول كذا ههنا. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من أرسل بهيمة و كان لها سائقا) قال الصدر الشهيد و غيره أراد بالبهيمة الكلب و أراد بكونه سائقا أن يكون خلفه (فأصابت فى فورها يضمنه لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لو أرسل طيرا و ساقه فأصاب فى فوره) بأن قتل صيدا مملوكا (لم يضمن) أى المرسل السائق (و الفرق) بين المسألتين (أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه و الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق و عدمه بمنزلة) واحدة و لهذا لو أدخل بازيا فى الحرم أو صقرا و أرسله فجعل يقتل حمام الحرم لا يلزمه شىء لأن الباز لا يحتمل السوق و لو أشلى كلبا على رجل حتى عقره أو مزق ثيابه لا يضمن إلا أن يسوقه أراد به إذا كان خلفه لما مر و قيل إذا لم يكن خلفه فعقر انسانا أو أتلف شيئا آخر إن كان غير معلم لا يضمن لأن غير المعلم إنما يذهب بطبع نفسه لا بالإرسال و إن كان معلما فإن ذهب يمينا و شمالا و مال عن الوجه الذى أرسله ثم أتلف شيئا أو عقر انسانا لا يضمن لأنه لا يضاف إلى السائق و إن أصابه من الوجه الذى ساقه و أرسله كان ضامنا لأنه ذهب بارسال صاحبه فكان مضافا إلى المرسل كذا ذكر فخر الدين قاضى خان (و كذا لو أرسل كلبا و لم يكن له سائقا) أى لم يكن خلفه (لم يضمن و لو أرسله) أى الكلب (إلى صيد و لم يكن له سائقا فأخذ الصيد و قتله حل و وجه الفرق) بين المسألتين (أن البهيمة) أراد بها الكلب (مختارة فى فعلها و لا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها) أى فعل البهيمة (إلى غيرها هذا هو الحقيقة) أى فعل أحد لا يضاف

إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع و لا طريق له سواه و لا حاجة في حق ضمان العدوان و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا صيانة لأموال الناس قال و ذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها و لو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه و كذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد و هذه تنافي مقصود المرسل و هو السير فينقطع حكم الإرسال و بخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله و في الارسال في الطريق يضمنه لأن

إلى غيره هو الحقيقة (إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف) أي الاصطياد (إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع و لا طريق له سواه و لا حاجة في حق ضمان العدوان) أي لا ضرورة في وجوب العدوان فلا تسقط عبرتها (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا صيانة لأموال الناس) و جعل شيخي العلاء هذا نسخة يعني يوجد هذا في بعض النسخ (قال) أي المصنفّ (و ذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل (١) ضامن لأن سيرها مضاف إليه) أي لأن سير الدابة مضاف إلى المرسل (ما دامت تسير على سننها) أي طريقها (و لو انعطفت) أي الدابة (يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه) أي سوى طريق اليمنة و اليسرة بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الإرسال (و كذا) أي لا ينقطع حكم الإرسال (إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذ الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد و هذه) أي وقفة الدابة (تنافي مقصود المرسل و هو السير) فإن المقصود من الإرسال هو السير لا الوقوف فإذا كان كذلك (فينقطع حكم الإرسال و بخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما إذا وقفت (ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله و في الإرسال في الطريق يضمنه) يريد بهذا الفرق بين الارسالين الارسال في الطريق و الارسال إلى الصيد ففي الأول لا ضمان عليه و في الثاني يجب الضمان إذا كان على الفور (لأن

---

(١) فالمرسل ضامن. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى و عليه الفتوى كفاية.

شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فمباح و لا تسبيب إلا بوصف التعدى قال و لو أرسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل و إن مالت يمينا أو شمالا و له طريق آخر لا يضمن لما مر و لو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدميا ليلا أو نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه الصلاة و السلام جرح العجماء جبار

شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فمباح و لا تسبيب إلا بوصف التعدى) و قالوا في رجل له كلب عقور كلما مر عليه شيء عضه فلأهل القرية أن يقتلوه فإن عض هل يجب الضمان على صاحبه إن لم يتقدموا إليه قبل العض لا ضمان عليه و إن كان تقدموا إلى صاحب الكلب فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل و قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يضمن و إن لم يتقدم إليه و كذا في سنور معروف يأكل الطيور و في المنتقى لو طرح رجلا قدام أسد أو سبع فقتله ليس على الطارح قود و لا دية و لكن يعزر و يضرب و بعدها يحبس حتى يتوب أو يموت و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى أنا أرى أن يحبس حتى يموت و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى إن كان الغالب القتل يجب القود و إن كان لا يقتل غالبا فللشافعي رحمه الله تعالى قولان في قول يجب القود و في قول لا يجب و لكن تجب الدية و به قال أحمد رحمه الله تعالى و قياس قول مالك رحمه الله تعالى أنه يجب القود (قال) أي المصنفؒ و ليس في كثير من النسخ لفظ قال (و لو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فوره) أي فور الإرسال و المراد بفور الإرسال أن لا تميل يمينا و لا شمالا (ضمن المرسل و إن مالت يمينا أو شمالا و له طريق آخر لا يضمن لما مر (١)) و في الفتاوى الصغرى أرسل حماره فدخل زرع إنسان و أفسده فان ساقه بأن كان خلفه إلى الزرع ضمن و إن لم يسقه بأن لم يكن خلفه إلا أن الحمار ذهب (٢) في فوره و لم ينعطف يمينا و لا شمالا و ذهب إلى الوجه الذى أرسله صاحبه فأصاب الزرع ضمن أيضا و إن انعطف يمينا و شمالا فأصاب الزرع إن كان له طريق آخر لم يضمن و إلا يضمن (و لو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدميا ليلا أو نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (جرح العجماء جبار) رواه (٣) الأئمة الستة رحمهم الله تعالى عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال

(١)لما مر. إشارة إلى قوله انقطع حكم الارسال عناية. (٢)ذهب في فوره الخ. و إن أرسله فوقف ساعة ثم ذهب إلى الزرع و أفسد لا يضمن المرسل خانية. (٣)رواه الأئمة الستة رحمهم الله تعالى الخ. قلت أخرجه البخاريؒ في الديات باب المعدن جبار ص١٠٢١ ج٢ و مسلمؒ في الحدود باب جرح العجماء و المعدن و البئر جبار ص٧٣ ج٢ و أبو داودؒ في الديات باب في الدابة تنفح برجلها ص٢٨٣ ج٢ و الترمذيؒ في الأحكام باب ما جآء في العجماء أن جرحها جبار ص١٦٥ ج١ و النسائيؒ في الزكوة باب المعدن ص٣٤٥ ج١ و ابن ماجةؒ في الديات باب الجبار ص١٩٦.

و قال محمد رحمه الله تعالى هي المنفلتة و لأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الارسال و أخواته. شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان و في عين بقرة الجزار و جزوره ربع القيمة و كذا في عين الحمار و البغل و الفرس

رسول الله ﷺ العجماء جرحها جبار الحديث قال أبو داودٌ و العجماء المنفلتة التي لا يكون معها أحد و تكون بالنهار و لا تكون بالليل و قال ابن ماجةّ الجبار هو الهدر الذي لا يغرم و في الموطأ (١) قال مالك رحمه الله تعالى و تفسير الجبار أنه لا دية فيه (و قال محمد رحمه الله تعالى هي المنفلتة) أي العجماء التي أهدر النبي ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت فان إفساد المرسلة إذا كان في فور الارسال ليس بجبار و إنما ذكر التفسير لئلا يجري الحديث على عمومه كما قال مالك رحمه الله تعالى و قال القدوريّ في شرحه و سواء كان انفلاتها في ملك صاحبها أو في الطريق أو في ملك غيره لأنه لا صنع له في انفلاتها و لا يمكنه الاحتراز عن فعلها فلا يضمن ما تولد منه انتهى و قال الشافعي رحمه الله تعالى إن كانت ذهبت نهارا لا يضمن و به قال مالك و أحمد و أكثر فقهاء الحجاز رحمهم الله تعالى (و لأن الفعل) أي فعل الدابة المنفلتة (غير مضاف إليه) أي إلى صاحب الدابة (لعدم ما يوجب النسبة إليه من الارسال و أخواته) من السوق و القود و الركوب (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير و ليس في كثير من النسخ لفظ قال (شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما (٢) نقصها) أي ما نقص الشاة من قيمتها (لأن المقصود منها) أي من شاة القصاب (هو اللحم فلا يعتبر النقصان و في عين بقرة الجزار و جزوره) بفتح الجيم و هو ما اتخذ للنحر يقع على الذكر و الأنثى كذا في شرح الطحاوي و الجزر القطع و جزر الجزور نحرها و الجزار هو الذي يجزر البقرة أي ينحرها (ربع القيمة) أي الواجب ربع قيمة بقرة الجزار و جزوره (و كذا) أي يجب ربع القيمة (في عين الحمار و البغل و الفرس) و في جامع البزدويّ إنما وضع المسألة على هذا الوجه و لم يقل في عين البقرة و الجزور مطلقا لبيان أن البقرة و الجزور و إن أعد للحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما أعني يجب ربع قيمتهما سواء كانا معدين للحم أي للحرث و الحمل و الركوب كما في الذي لا يؤكل لحمه كالحمار و البغل و الفرق أن الشاة لا ينتفع بها للحمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالأمة فيضمن النقصان من غير تقدير و أما البهائم فانها عاملة

(١)الموطأ كتاب العقول (باب) جامع العقل ص٦٧٧. (٢)ما نقصها فتقوم صحيحة العين و مفقوءة فيضمن الفضل قهستاني و النقصان شامل للحاصل بالهزال من فقأ العين ط عن الواني شامي.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة و لنا ما روى أنه عليه الصلاة و السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة و هكذا قضى عمر رضي الله تعالى عنه و لأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل و الركوب و الزينة و الجمال و العمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي و قد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في إيجاب الربع و بالشبه الآخر في نفي النصف و لأنه إنما يمكن إقامة العمل بها

كالآدمي فينتفع بها للحمل أيضا فأشبه الآدمي من وجه و الشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بالشبهين (و قال الشافعي رحمه الله تعالى فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة) و هو القياس و هو قول مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (و لنا ما روى أنه عليه الصلاة و السلام) أى أن النبى ﷺ (قضى فى عين الدابة بربع القيمة) هذا رواه (١) الطبرانيّ في معجمه من حديث زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قضى في عين الدابة ربع ثمنها و رواه العقيليّ في الضعفاء (و هكذا قضى عمر رضى الله تعالى عنه) رواه (٢) عبدالرزاقّ في مصنفه أخبرنا سفيان الثورى عن جابر الجعفى عن الشعبى عن شريح أن عمر رضى الله تعالى عنه كتب إليه فى عين الدابة ربع ثمنها و رواه (٣) ابن أبى شيبةّ كذلك (و لأن فيها) دليل معقول على ذلك أى و لأن فى الدابة (مقاصد سوى اللحم كالحمل و الركوب و الزينة و الجمال و العمل فمن هذا الوجه) أى من وجه الحمل و الركوب و الزينة و الجمال (تشبه الآدمي و قد تمسك للأكل فمن هذا الوجه) أى من وجه إمساكها للأكل (تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في إيجاب الربع و بالشبه الآخر فى نفي النصف) أى فى نفي نصف الإيجاب و فيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم و فقأ العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية (و لأنه) أى و لأن الشأن هذا دليل آخر و لكن الاعتماد على الدليل الأول ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلامّ و إنما قال ذلك لأن المعمول به فى هذا الباب النص و هو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه (إنما يمكن إقامة العمل بها) أى بالقيمة

(١) رواه الطبرانيّ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٨٨ ج٤. (٢) رواه عبدالرزاقّ فى العقول باب عين الدابة ص٧٧ ج١٠. (٣) رواه ابن أبى شيبةّ فى الديات (باب) فى عين الدابة ص٢٧٥ و ص٢٧٦ ج٩ عن جرير عن مغيرة عن ابراهيم عن شريح قال أتاني عروة البارقى من عند عمر رضى الله تعالى عنه أن فى عين الدابة ربع ثمنها و روى عن عبدالوهاب الثقفى عن أيوب عن أبى قلابة عن أبى المهلب عن عمر رضى الله تعالى عنه قال في عين الدابة ربع ثمنها و روى عن على بن مسهر عن الشيبانى عن الشعبى قال قضى عمر رضى الله تعالى عنه فى عين الدابة بربع ثمنها.

بأربعة أعين عيناها و عينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها قال و من سار على دابة فى الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروى عن عمر و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما و لأن الراكب

(بأربعة أعين) أى باعتبار أربعة أعين و فى بعض النسخ بأربع أعين ثم بين الأربعة الأعين بقوله (عيناها) أى عينا الدابة (و عينا المستعمل) أى مستعمل الدابة فاذا كان كذلك (فكأنها) أى فكأن الدابة تكون (ذات أعين أربعة) فاذا كانت ذات أعين أربعة (فيجب الربع) أى ربع القيمة (بفوات إحداها) أى إحدى الأعين الأربعة (قال) أى المصنفؒ و إنما قلنا كذلك لأن هذه المسألة و ما بعدها ليست مذكورة فى البداية و إنما هى من مسائل الأصل ذكرها المصنفؒ تفريعا (و من سار على دابة فى الطريق فضربها رجل أو نخسها (١)) من النخس (٢) و هو الطعن بالعود أو نحوه و هو من باب منع يمنع و منه نخاس الدواب دلالها (فنفحت رجلا) يقال نفحه إذا ضربه برجله بالحاء المهملة من باب منع (أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس) يعنى إذا نخسها بغير إذن الراكب و السائق و به صرح فى المبسوط و لا يعلم فيه خلاف (دون الراكب) أى لا يلزم الراكب شىء فان قيل القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا و إن لم يكن متعديا لأن التعدى ليس من شرطه فان لم يختص به فلا أقل من الشركة فالجواب أن القياس يترك بالأثر أشار إليه بقوله (هو المروى) أى المذكور هو الذى روى (عن عمر و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما) فى رجل نخس دابة عليها راكب فصدمت آخر فقتلته أنه على الناخس لا على الراكب هذا غريب و روى (٣) عبدالرزاقؒ فى مصنفه عن معمر عن عبدالرحمن المسعودى عن قاسم بن عبدالرحمن قال نخس رجل دابة عليها رجل فنفحت انسانا فجرحته فأتوا سلمان بن ربيعة فقال يغرم الراكب فأتوا ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما فقال يغرم الناخس و روى (٤) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه نحوه عن شريح و الشعبى رحمهما الله تعالى (و لأن الراكب) دليل معقول

(١)نخسها الخ. و إنما خص النخس لأنه لو وضع يده على ظهر فرس عادته النفحة فنفح فأتلف لم يضمن بخلاف النخس لأن الاضطراب لازم له دون وضع اليد كما فى البرجندى عن القنية اه در منتقى شامى. (٢)النخس الخ. كذا فى المغرب. (٣)روى عبدالرزاقؒ فى العقول باب غرم القائد ص٤٢٢ ج٩ و روى نحوه ابن أبى شيبةؒ فى الديات (باب) الرجل ينخس الدابة فتضرب ص٤٢٩ ج٩. (٤)روى ابن أبى شيبةؒ فى الباب المذكور آنفا.

و المركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده و لأن الناخس متعد في تسبيبه و الراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدى حتى لو كان واقفا دابته

أى و لأن راكب الدابة (و المركب) الذى هو الدابة (مدفوعان بدفع الناخس فأضيف (١) فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أما فعل الراكب فقد انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطرا في حركته و أما فعل الدابة فقد انتقل إلى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك ملجئا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة و الراكب معا على ما فعل في الدابة و المدفوع إلى الشيء و إن كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الإكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة إن فرض مباشرا و لا التسبيب أيضا لأنه يعتمد التعدى و هو مفقود (و لأن الناخس متعد) دليل آخر أى الناخس متعد (في تسبيبه) لأن الدابة عادتها عند النخس النفحة و الوثبة (و الراكب في فعله غير متعد) لعدم ضرر شيء منه (فيترجح جانبه) أى جانب الناخس (في التغريم للتعدى) قيل فيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبرا فهو مباشر و التعدى ليس من شرطه في وجوب الضمان كالنائم إذا انقلب على إنسان فأهلكه يجب الضمان عليه و النائم ليس يوصف بالتعدى و إن لم يكن فعله معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول و أجيب بأن الراكب مباشر فيما إذا أتلفت بالوطئ لأنه يحصل التلف بالثقل و ليس الكلام ههنا في ذلك و إنما هو في النفح بالرجل و الضرب باليد و الصدمة فكانا متسببين و ترجح الناخس في التغريم للتعدى و في استعمال الترجيح ههنا تسامح لأن شرطه (٢) إذا كان مفقودا لا يصلح (٣) معارضا حتى يحتاج إلى الترجيح قال الاكمل و لعل معناه اعتبر موجبا في التغريم لأن الترجيح سبب الإعتبار فكان ذكر السبب و إرادة المسبب (حتى لو كان واقفا) أى حتى لو كان (٤) الراكب واقفا (دابته) منصوبة بقوله واقفا لأنه

---

(١)فأضيف الخ. هذا مخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي رحمه الله تعالى و انتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره و هذا تخويف بالضرب تأمل اه. (٢)لأن شرطه أى شرط سببية فعل الراكب للضمان و هو التعدى و الضمير راجع إلى فعل الراكب و الشرط ليس شرطا له نفسه بل لاعتباره في التغريم فيؤل المعنى إلى ما ذكرنا سعدى. (٣)لا يصلح معارضا أى لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناخس سعدى. (٤)حتى لو كان الراكب واقفا دابته على الطريق أى فنخسها رجل فقتلت آخر يكون الضمان على الراكب و الناخس نصفين يعنى و لو كان النخس بغير إذن الراكب كما هو الظاهر لكن المصرح به في الخلاصة و البزازية خلافه ففي الخلاصة إذا كان الراكب واقفا في غير ملكه فأمر رجلا فنخسها فنفحت رجلا فالضمان عليهما و إن كان بغير إذنه فالضمان كله على الناخس اه رملى و نقل ط عن المنتقى بالنون رجل واقف على دابته في الطريق فأمر رجلا فنخسها فقتلت =>

على الطريق يكون الضمان على الراكب و الناخس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضا قال و إن نفحت الناخس كان دمه هدرا لأنه بمنزلة الجاني على نفسه و إن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسبيبه و فيه الدية على العاقلة قال و لو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه و الواقف في ملكه و الذي يسير في ذلك سواء و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجب الضمان على الناخس و الراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب و وطئ الدابة و الثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما و إن نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها و لا ضمان

من الوقف لا من الوقوف (على الطريق يكون الضمان على الراكب و الناخس نصفين لأنه) أي لأن صاحب الدابة (متعد (١) في الإيقاف أيضا و إن نفحت الناخس كان دمه هدرا لأنه بمنزلة الجاني على نفسه و إن ألقت الراكب) يعني بالنخس (فقتلته كانت (٢) ديته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسبيبه و فيه الدية على العاقلة قال و لو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه متعد في تسبيبه كذا قاله الكاكيّ و قال الاكملّ قوله لما بيناه إشارة إلى قوله و لأن الراكب و المركب مدفوعان و في النهاية هو قوله لأنه متعد في تسبيبه قلت و هو مثل ما قاله الكاكيّ فكأنه نقله عن صاحب النهاية و قال الاكملّ ليس بشيء و سكت عليه فليتأمل (و الواقف في ملكه و الذي يسير في ذلك) أي في ملكه (سواء) يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال و قيد بقوله في ملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه ينتصف الضمان هناك على عاقلتهما (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) رواه ابن سماعةّ عنه (أنه يجب الضمان على الناخس و الراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب و وطئ الدابة و الثاني) أي وطؤ الدابة (مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما و إن نخسها بإذن الراكب كان ذلك) أي النخس من الناخس (بمنزلة فعل الراكب لو نخسها و لا ضمان

=> رجلا و الآمر فدية الأجنبي عليهما و دم الآمر هدر و لو سارت عن موضعها ثم نفحت من فور النخسة فالضمان على الناخس فقط و إن لم تسر فنفحت الناخس و آخر فدية الأجنبي عليهما و نصف دية الناخس على الراكب اه ملخصا و به علم أن ضمانهما مقيد أيضا بما إذا لم تسر من موضعها و إلا ضمن الناخس فقط كما لو نخس بلا إذن الراكب شامي. (١)لأنه متعد في الايقاف. فلو جرنت و وقفت فنخسها هو أو غيره لتسير فلا شيء عليهما نقله ط شامي. (٢)كانت ديته على عاقلة الناخس هذا إذا كان النخس بغير إذن الراكب فلو به لا يضمن خلاصة.

عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح أمره به و انتقل إليه لمعنى الأمر و لو وطئت رجلا في سيرها و قد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا إذا كانت في فورها الذى نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما و الاذن يتناول فعله السوق و لا يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه و الركوب و إن كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير و السير علة للوطئ و بهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنسانا فوقع في بير حفرها غيره على قارعة الطريق و مات فالدية عليهما

عليه) أى على الناخس (في نفحتها لأنه) أى لأن الراكب (أمره) أى الناخس (بما يملكه) و هو النخس (إذ النخس في معنى السوق فصح أمره به) أى أمر الراكب بالنخس (و انتقل) أى النخس (إليه) أى إلى الراكب (لمعنى الأمر و لو وطئت رجلا في سيرها و قد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما) أى على الراكب و الناخس (نصفين جميعا إذا كانت) أى النخسة (في فورها الذى (١) نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما) أى إلى الراكب و الناخس و في بعض النسخ إليها أى إلى النخسة (و الاذن يتناول فعله) أى فعل الناخس هذا جواب سوال بأن يقال ينبغي أن لا يضمن الناخس لأنه متى أذنه الراكب بالنخس و فعله فلم يبق متعديا بيان الجواب أن الاذن يتناول فعل الناخس الذى هو (السوق و لا يتناوله) أى و لا يتناول فعله (من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) أى على الناخس فكان متعديا (و الركوب و إن كان علة للوطئ) هذا جواب سؤال آخر و هو أن الراكب صاحب علة إذ الركوب علة للوطئ و الناخس صاحب شرط في حق فعل الوطئ و إضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط و تقرير الجواب أن الركوب و إن كان علة لوطئ الراكب (فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير و السير علة للوطئ فصار علة العلة) أى فصار النخس علة العلة (و بهذا لا يترجح صاحب العلة) على صاحب الشرط و نظر المصنفؒ لذلك بقوله (كمن جرح إنسانا فوقع) أى المجروح (في بير حفرها غيره) أى غير الجارح (على قارعة الطريق و مات فالدية عليهما) أى على الجارح

---

(١) في فورها الذى نخسها. أقول قوله الذى بدل من الضمير المضاف إليه و تذكير اسم الموصول بنوع تاويل أو صفة له على مذهب الكسائيؒ سعدية.

لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعل بأمره و قيل لا يرجع و هو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإيطاء و النخس ينفصل (١) عنه و صار كما إذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا و مات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لأنه أمره بالتسيير و الإيطاء ينفصل عنه و كذا إذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس إنما يضمن إذا كان

و حافر البئر (لما أن الحفر شرط علة أخرى) و هي الوقوع (دون علة الجرح كذا هذا) لأن الركوب و إن كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير و السير علة للوطئ فكان الوطئ ثابتا بعلتين فيجب الضمان على الراكب و الناخس جميعا (ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لأنه) أي لأن الناخس (فعل بأمره) أي بأمر الراكب فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (و قيل لا يرجع و هو الأصح) أي عدم الرجوع هو الأصح قاله صاحب الهداية رحمه الله تعالى و قال (فيما أراه) بضم الهمزة أي فيما أظنه (لأنه) أي لأن الراكب (لم يأمره بالايطاء) بل أمره بالنخس (و النخس منفصل عنه) أي عن الايطاء (و صار) حكم هذا (كما إذا أمر صبيا يستمسك) أي يقدر على إمساك نفسه (على الدابة بتسييرها فوطئت الدابة إنسانا و مات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم) أي فان العاقلة (لا يرجعون على الآمر لأنه) أي لأن الآمر (أمره بالتسيير و الإيطاء ينفصل عنه) أي عن التسيير و قيد الصبي بصفة الأستمساك لأنه إذا لم يكن مستمسكا على الدابة و حمله رجل على الدابة و الدابة واقفة ثم سارت فأوطأت إنسانا أو أفسدت متاعا لا ضمان على عاقلة الصبي و لا على الذى حمله لأن تسيير الدابة لا يكون مضافا إلى الصبي لأن الصبي عليها بمنزلة المتاع و لا إلى الحامل لأنه لم يسير الدابة فكانت الدابة منفلتة فيكون فعلها هدرا لقوله عليه الصلاة و السلام العجماء جرحها جبار و المراد (٢) المنفلتة كذا في الذخيرة و لا نعلم فيه خلافا (و كذا) الحكم (إذا ناوله) أي الصبي (سلاحا فقتل به آخر) أي فقتل الصبي بالسلاح شخصا آخر (حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس إنما يضمن إذا كان

---

(١) ينفصل. ن. منفصل. (٢) و المراد المنفلتة و هذا صحيح ظاهر لأن المركوبة و المسوقة و المقودة في الطريق أو في ملك الغير أو المرسلة في الطريق فعلها معتبر زيلعي.

الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا إليه و إذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا إلى الراكب على الكمال و من قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس و كذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه و الناخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته و إن كان صبيا ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما و لو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت إنسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله و الله أعلم.

الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا إليه) أي إلى الناخس (و إذا لم يكن في فور ذلك) أي إذا لم يكن الايطاء في فور النخس (فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا إلى الراكب على الكمال و من قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس لا على القائد (و كذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره) أي غير السائق فالضمان على الناخس لا على السائق (لأنه) أي لأن التلف (مضاف إليه) أي إلى الناخس إذ الإنفلات أثر فعل الناخس و هو شرط التلف (و الناخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته) أي في رقبة العبد يدفع بها أو يفدى هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب أما إذا نخسه بإذنه فإن كان التلف بالنفحة فلا ضمان على الراكب إذا كان يسير في الطريق و لو كان بالوطئة في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية و في عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد و من نصف الدية (و إن كان) أي الناخس (صبيا ففي ماله) يحتمل (١) أن يراد به إذا كانت الجناية على المال أو فيما دون أرش الموضحة لأن الجناية إذا كانت موجبة الدية فعلى عاقلته (لأنهما) أي لأن العبد و الصبي (مؤاخذان بأفعالهما و لو نخسها) أي الدابة (شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه) أي فأضيف التلف إلى الناصب (كأنه نخسها بفعله) أي كأن الناصب نخس الدابة بفعله (و الله اعلم).

---

(١) يحتمل الخ. قلت و يحتمل أن يراد به أن الصبي إذا كان من العجم لأنه لا عاقلة للعجم كفاية.

باب جناية المملوك و الجناية عليه

قال و إذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه و قال الشافعي رحمه الله تعالى جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش و فائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق و المسألة مختلفة

(باب جناية المملوك و الجناية عليه)

أي هذا باب في بيان جناية المملوك على غيره و في بيان جناية شخص على المملوك و لما فرغ من جناية الحر و هو المالك شرع في بيان جناية العبد الذى هو المملوك. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إذا جنى العبد) على حر أو على عبد (جناية خطأ (١) قيل لمولاه إما أن تدفعه) أى العبد إلى ولى الجانى (بها) أى بالجناية (أو تفديه) إنما قيد بالخطأ لأن في العمد في النفس يجب القصاص عليه و فيما دون النفس تجب الدية خطأ أو عمدا لأن القصاص لا يجرى فيه بين العبد و العبد و لا بين العبيد و الأحرار فيما دون النفس (و قال الشافعي رحمه الله تعالى جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش) و ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي مذهب مالك رحمه الله تعالى كذلك و قال مالك رحمه الله تعالى يجب ذلك في عنق العبد يباع فيه إلا أن يقضي السيد و قال (٢) الخرقي في مختصره و إذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه فإن كانت الجناية أكثر من قيمة العبد لم يكن على سيده أكثر من قيمته (و فائدة الاختلاف) بيننا و بين الشافعي رحمه الله تعالى تظهر (في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فالمجنى عليه يتبع العبد بعد العتق و عندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بعد العتق صار مختاراً للفداء و قال احمد (٣) رحمه الله تعالى لو كان أرش الجناية بقدر قيمة العبد أو دونه فالسيد مخير بين الفداء و الدفع و هو قول الحسن و الثورى و الشعبي و عطاء و مجاهد و عروة و الزهرى و حماد رحمهم الله تعالى و إن كان أرش الجناية أكثر من قدر قيمته فعن احمد رحمه الله تعالى فيه روايتان في رواية السيد مخير بين الفداء بقيمته أو أرش جنايته و بين الدفع و في رواية يلزم السيد دفعه إلا أن يفديه بالأرش بالغا ما بلغ و هو قول مالك رحمه الله تعالى و للشافعي رحمه الله تعالى قولان كالروايتين عن احمد رحمه الله تعالى (و المسألة مختلفة

---

(١) خطأ. اعلم أن التقييد بالخطأ هنا مفيد في الجناية في النفس لأنه إذا كان عمدا يجب القصاص و أما فيما دون النفس فلا يفيد لأن خطأ العبد و عمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين إذ القصاص لا يجرى بين العبد و العبد و لا بين العبيد و الأحرار فيما دون النفس عناية. (٢) قال الخرقي أى الحنبلي. (٣) قال احمد رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغنى ص ٥١١ ج ٩.

بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه و لا عاقلة للعبد لأن العقل عنده بالقرابة و لا قرابة بين العبد و مولاه فتجب في ذمته كما في الذمي و يتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال و لنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني

بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم) و قال الاكمل فعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مثل مذهبنا قال إذا جنى العبد إن شاء دفعه و إن شاء فداه و هكذا روى عن على و معاذ بن جبل رضى الله تعالى عنهما و غيرهما و روى عن على رضى الله تعالى عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أموالهم جناياتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد و قال الكاكى و المسألة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم فى رقاب الناس كمذهبنا و هكذا عن بن عباس و معاذ بن جبل و أبى عبيدة بن الجراح رضى الله تعالى عنهم و روى عن عمر رضى الله تعالى عنه مثل مذهبه فذكره مثل ما ذكرنا قلت مخرج (١) الأحاديث لم يذكر إلا عن على رضى الله تعالى عنه فقط فقال روى (٢) ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا حفص عن حجاج عن حصين الحارثى عن الشعبى عن الحارث عن على رضى الله تعالى عنه قال ما جنى العبد ففى رقبته و يخير مولاه إن شاء فداه و إن شاء دفعه (و له) أى للشافعى رحمه الله تعالى (أن الأصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هوالجانى إلا أن العاقلة تتحمل عنه) أى عن الجانى (و لا عاقلة للعبد لأن العقل عنده) أى عند الشافعى رحمه الله تعالى (بالقرابة و لا قرابة بين العبد و مولاه فتجب فى ذمته) أى فى ذمة العبد (كما فى الدين) فان الدين فى ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيه إلا أن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجناية و فى بعض النسخ كما فى الذمى يعنى إذا قتل الذمى رجلا خطأ يجب دية المقتول فى ذمته لا على عاقلته كما فى إتلاف المال و قوله بعد هذا بخلاف الذمى الذى يدل على صحة هذه النسخة (و يتعلق برقبته) أى برقبة العبد (يباع فيه كما فى الجناية على المال) أى كما فى الضمان لاستهلاك الأموال (و لنا أن الأصل فى الجناية على الآدمى حالة الخطأ أن تتباعد عن الجانى) لكونه معذورا و الخطأ مرفوع شرعا و قال الأكمل رحمه الله تعالى قوله و لنا أن الأصل الخ فيه بحث و هو أن الحكم فى المسألة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى و عنده الوجوب على العبد كما ذكرنا و هو بناء على أصل و نحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر و

(١) مخرج الأحاديث أى الحافظ جمال الدين الزيلعى لم يذكر أى فى نصب الراية إلا عن على رضى الله تعالى عنه الخ. (٢) روى ابن أبى شيبة فى الديات (باب) العبد يجنى الجناية ص ٢٣٣ ج ٩.

تحرزا عن استئصاله و الاجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية و تجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة و المولى عاقلته لأن العبد يستنصر به و الأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر و بخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخير بين الدفع و الفداء لأنه واحد و في إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل

يمكن أن يقال الشافعي رحمه الله تعالى جعل موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته و كوجوب الجناية على المال و نحن إذ بينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل و قد بين المصنفّ ذلك بقوله بخلاف الذمي إلى آخره (تحرزا عن استئصاله) أي لأجل التحرز عن انقطاعه بالكلية (و الإجحاف (١) به إذ هو) أي الجاني في حالة الخطأ (معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية) و لكن لما وجب دفعا لوحشة القتل عند الأولياء و صونا للدم عن الهدر فلا يهدر (و تجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة و المولى عاقلته) أي عاقلة العبد (لأن العبد يستنصر به) أي بالمولى (و الأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان) و أهل الديوان الرايات و هم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان على ما يجيء بيانه في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى (بخلاف الذمي) جواب عن قياس الشافعي رحمه الله تعالى فانه قاس وجوب موجب جناية العبد عليه قياسا على الذمي حيث يجب عليه بيانه أن الذمي لا يصح أن يقاس عليه (لأنهم) أي لأن أهل الذمة (لا يتعاقلون فيما بينهم) أي لا يتناصرون (فلا عاقلة فتجب في ذمته) أي في ذمة الذمي (صيانة للدم عن الهدر) لأنه إذا لم تجب عليه و لا عاقلة له تجب عليها يكون الدم هدرا فلا يجوز إهداره (و بخلاف الجناية على المال) هذا جواب عن قياس الشافعي رحمه الله تعالى فانه قاس موجب جناية العبد علية قياسا على الجناية في المال بيانه أن هذا القياس أيضا غير صحيح (لأن العواقل لا تعقل المال) كما مر بيانه (إلا أنه) أي أن المولى هذا إستثناء من قوله و المولى عاقلته لأن العبد يستنصر به فإذا كان عاقلته (يخير بين الدفع و الفداء) يعني إن شاء دفع العبد و إن شاء فداه فان قيل إذا كان المولى عاقلته ينبغي أن لا يخير بين الدفع و الفداء كما لا يثبت الخيار في سائر العواقل فالجواب عنه ما قاله المصنفّ بقوله (لأنه واحد) أي لأن المولى واحد ههنا في كونه عاقلة (و في إثبات الخيرة) للمولى (نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل) بخلاف سائر العواقل

(١) الاجحاف بتقديم الجيم على الحاء المهملة أي الاستيصال يقال جحفه و اجتحفه و أجحف به أهلكه و استأصله مغرب.

غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح و لهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب و إن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر. قال فان دفعه ملكه ولي الجناية و إن فداه فداه بأرشها و كل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل و عند اختياره

لأن فيهم كثرة و يثبت التخفيف بالتوزيع عليهم فلا يثبت الخيار لهم (غير أن الواجب الأصلي) هذا جواب سؤال مقدر و هو أن يقال لو كان موجب جناية العبد على ذمة المولى ينبغي أن لا يسقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات لا يسقط العقل عن عاقلته تقرير الجواب أن الواجب الأصلي في جناية العبد (هو الدفع) أي دفع المولى العبد الجاني إلى ولي الجناية و أشار بقوله (في الصحيح (١)) إلى الخلاف فيه فان البعض قالوا الواجب الأصلي هو الفداء و اختاره شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لأن الأصل هو ضمان المتلف و لكن الدفع مخلص عنه و أشار المصنف إلى أن الأصل هو الدفع و اختاره أيضا بقوله (و لهذا) أي و لكون الواجب الأصلي هو الدفع (يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب و إن كان له) كلمة إن وصلية أي و إن كان للمولى (حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة) فان الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب و للمالك أن ينتقل إلى القيمة (بخلاف موت الجاني الحر) هذا جواب عما يذكر ههنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا بيانه أن الواجب لا يسقط بموت الجاني الحر (لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء) أي من حيث الإستيفاء بخلاف العبد الجاني حيث يسقط الموجب بموته لأن الواجب يتعلق به استيفاء حيث يدفع في الجناية (فصار) أي الحر (كالعبد في صدقة الفطر) في أنها تجب عن العبد على المولى و لا يسقط بموت العبد. (قال) أي القدوري (فان دفعه) أي فإن دفع المولى العبد في جناية خطأ (ملكه ولي الجناية) أي ملك ولي الجناية العبد و سقطت المطالبة عن المولى (و إن فداه فداه بأرشها) أي بأرش الجناية (و كل ذلك) أي الدفع و الفداء (يلزمه حالا) أي يلزم المولى على وجه الحلول (أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل) لأن التأجيل إنما شرع للتحصيل ترفها و تحصيل الحاصل محال (و عند اختياره) أي اختيار المولى

---

(١) في الصحيح. احترز به عن رواية أخرى ذكرها التمرتاشي رحمه الله تعالى أن الدية هو الأصل و لكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني و إنما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرش على المولى و له المخلص بالدفع ثم قال و الرواية بخلاف هذا في غير موضع و قد نص محمد بن الحسن رحمه الله تعالى أن الواجب هو العبد عناية و كفاية.

الواجب عين و أما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد في الشرع و إن كان مقدرا بالمتلف و لهذا سمى فداء فيقوم مقامه و يأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل و أيهما اختاره و فعله لا شيء لولي الجناية غيره أما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى بينه و بين الرقبة سقط و أما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له فإن لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه و إن مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ

الدفع (الواجب عين) أى عين العبد (و أما الفداء) عطف على قوله أما الدفع (فلأنه) أى فلأن الفداء (جعل بدلا عن العبد في الشرع و إن كان مقدرا بالمتلف) كلمة إن واصلة بما قبلها يعني و إن كان الفداء مقدرا بالأرش قليلا كان أو كثيرا و هذا لا يمنع أن يكون بدلا عن العبد (و لهذا) أى و لكونه بدلا عن العبد (سمى فداء فيقوم مقامه) أى فيقوم الفداء مقام العبد (و يأخذ حكمه) أى حكم العبد إذا دفع (فلهذا) أى فلكونه قائما مقامه و يأخذ حكمه (وجب حالا كالمبدل) في كونه واجبا حالا (و أيهما (١)) أى أيّ الواحد من الدفع و الفداء (اختاره) أى المولى (و فعله) إما الدفع و إما الفداء (لا شيء لولي الجناية غيره) أى غير الذى اختاره المولى (أما الدفع فلأن حقه متعلق به) أى بالدفع (فإذا خلى) أى المولى (بينه) أى بين ولي الجناية (و بين الرقبة) أى رقبة العبد (سقط) أى حقه لوصوله إليه (و أما الفداء فلأنه لا حق له) أى لولي الجناية (إلا الأرش فاذا أوفاه حقه) أى فاذا أوفى المولى ولي الجناية حقه (سلم العبد له) أى للمولى (فان لم يختر) أى المولى (شيئا حتى (٢) مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه) لأن حقه كان في الرقبة فاذا تلفت سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه (على ما بيناه) إشارة إلى قوله غير أن الواجب الأصلي هو الدفع (و إن مات) أى العبد (بعد ما اختار (٣) الفداء لم يبرأ لتحول

(١)و أيهما اختاره الخ. مفاده أن الخيار للمولى و لو مفلسا فاذا اختار المفلس الفداء يؤديه متى وجد و لا يجبر على دفع العبد عنده خلافا لهما كما في المجمع در منتقى شامي وجه قوله أنه لما اختار تعين كما إذا اختار الدفع و هو ذو عسرة فينظر إلى ميسرة و وجه قولهما أنه لما اختار الفداء انتقل الحق إليه كالحوالة فاذا توى عليه بافلاسه عاد إلى العبد شرح المجمع رافعي. (٢)حتى مات الخ. فان لم يمت و لكن المولى قتله صار مختارا للأرش فان قتله أجنبي إن كان عمدا بطلت الجناية و للمولى أن يقتص و إن كان خطأ أخذ المولى القيمة و دفعها إلى ولي الجناية و لا يخير حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختارا للأرش جوهرة. (٣)اختار أى المولى الفداء قولا أو فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء و طولب بالفرق بين هذا و بين خصال كفارة اليمين فان الحانث غير مخير و إن عين أحدهما قولا لم يتعين و ههنا قد تعين و أجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم و ذلك في التعيين قولا و فعلا و أما حقوق الله فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به عناية.

لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى. قال فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن و هذا ابتداء جناية. قال و إن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولى الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما و إما أن تفديه بأرش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها (١) كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه

الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى) فاذا مات العبد لم يسقط ما فى ذمة المولى من الدين كسائر ديونه. (قال) أى القدورىؒ (فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) هذا لفظ القدورىؒ و قال المصنفؒ (معناه بعد الفداء) يعنى إذا فدى المولى عبده من جناية فعاد العبد بعد ذلك فجنى جناية أخرى خطأ كان حكمها حكم الجناية الأولى يعنى يخاطب المولى بالدفع أو الفداء و إنما فسره المصنفؒ بهذا لأنه إذا جنى ثانيا قبل الفداء كانت هى مثل المسألة التى بعدها و هى قوله و إن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى آخره (لأنه) أى العبد (لما طهر) بالطاء المهملة (من الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن) أى الجناية (و هذا) أى الذى وقع ثانيا (ابتداء جناية) فحكمه حكم الجناية التى وقعت أولاً. (قال) أى القدورىؒ (و إن جنى) أى العبد (جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى وليى الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما و إما أن تفديه بأرش كل واحد منهما) أى من الجنايتين (لأن تعلق الأولى) أى الجناية الأولى (برقبته) أى برقبة العبد (لا يمنع (٢) تعلق الثانية) أى الجناية الثانية (به) أى بالرقبة و التذكير باعتبار العنق أو باعتبار المذكور (كالديون المتلاحقة) فان الدين الذى يلحق الدين لا يمنع أحدهما الآخر و به (٣) قالت الثلاثة و الحسن و حماد و ربيعة رحمهم الله تعالى و عن شريح رحمه الله تعالى يدفع إلى ولى الجناية الأولى إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثانى و الثالث و به قال الشعبى و قتادة رحمهما الله تعالى (ألا ترى) توضيح لما قبله (أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه

---

(١)بها. ن. به. (٢)لا يمنع الخ. فان قيل ما الفرق بين هذا و بين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثانى به حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن و عليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الأول برقبته غيره و ههنا لم يمنع و أجيب بأن فى الرهن ايفاء أو استيفاء حكما فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره و ليس فى الجناية كذلك عناية. (٣)و به قالت الثلاثةؒ الخ. نحوه فى المغنى ص٥١٣ ج٩.

الأول أولى أن لا يمنع و معنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتيهما و إن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم و إن فداه فداه بجميع أروشهم لما ذكرنا و لو قتل واحدا و فقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثا لأن أرش العين على النصف من أرش النفس و على هذا حكم الشجات و للمولى أن يفدى من بعضهم و يدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها و هى الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى من أحدهما و يدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه و هى الجناية المتحدة و الحق يجب للمقتول

الأول أولى أن لا يمنع) لأن الملك أقوى من الحق (و معنى قوله) أى معنى قول القدورى (على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتيهما) لأن المستحق إنما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من أن يقسم على قدر المعوض كذا فى الإيضاح (و إن كانوا جماعة) يعنى إن كان أولياء الجنايات جماعة (يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم و إن فداه) أى و إن فدى المولى عبده منهم (فداه بجميع أروشهم) أى مقابلا لجميع أروشهم (لما ذكرنا) يعنى قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها (و لو قتل واحدا) أى و لو قتل العبد واحدا (و فقأ عين آخر) أى شخص آخر (يقتسمانه) أى ولى القتيل و الذى فقئ عينه يقتسمان العبد (أثلاثا) بيانه قتل عبد رجلا خطأ و فقأ عين رجل آخر ثم اجتمعا و اختار الولى الدفع فإنه يدفع العبد إليهما أثلاثا (لأن أرش العين) أى العين الواحدة (على النصف من أرش النفس) لأن حق ولى المقتول ثبت فى الدية و هى عشرة آلاف و ثبت حق المفقود عينه فى نصف الدية فيقتسمان العبد أثلاثا (و على هذا حكم الشجاج) جمع شجة و فى بعض النسخ حكم الشجات فالأول جمع كثرة و الثانى جمع قلة بيانه شج رجلا موضحة و آخر هاشمة و آخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد لأن له خمسمائة و إلى صاحب الهاشمة ثلثه لأن له ألفا و إلى صاحب المنقلة نصفه لأن له ألفا و خمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا (و للمولى أن يفدى من بعضهم و يدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) أشار بهذا إلى أن المولى أن يخالف فى الاختيار فيفدى من بعضهم إلى آخر ما ذكره (لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها و هى الجنايات المختلفة) لأن كل واحد منهم لا يتعلق حقه بحق صاحبه فجاز أن يختار فى أحدهم خلاف ما اختاره فى حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم (بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له) أى للمولى (أن يفدى من أحدهما و يدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه و هى الجناية المتحدة) أى جناية واحدة (و الحق يجب للمقتول) قيل

ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها. قال فإن أعتقه المولى و هو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته و من أرشها و إن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش لأن في الأول فوت حقه فيضمنه و حقه في أقلهما و لا يصير مختارا للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم و في الثاني صار مختارا لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر و على هذين الوجهين البيع و الهبة و التدبير و الاستيلاد لأن كل ذلك

هذا جواب إشكال و هو أن يقال الحق و إن كان متحدا بالنظر إلى سببه فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى فأجاب بقوله إن الحق يجب للمقتول أولاً (ثم للوارث (١) خلافة عنه) أي عن المقتول يعني أن الأصل في الاستحقاق الميت و هو واحد و الوارثان خلف عنه فكان الإعتبار لاتحاد الأصل فإذا كان كذلك (فلا يملك التفريق في موجبها) أي فلا يملك المولى التفريق في موجب الجناية المتحدة. (قال) أي القدوري (فان أعتقه (٢) المولى) أي فان أعتق المولى عبده الجاني (و هو لا يعلم بالجناية) أي و الحال أن المولى لا يعلم بجناية العبد (ضمن الأقل من قيمته و من أرشها) أي ضمن المولى الأقل من قيمة العبد الجاني و من أرش الجناية أيهما كان أقل من الآخر يلزمه ذلك و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول يلزمه تمام الأرش و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و هو قول مالك رحمه الله تعالى (و إن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش) قليلا كان أو كثيرا و قال الكرخي و إذا قتل عبد قتيلاً خطأً فأخرجه المولى من ملكه ببيع إلى غيره أو أعتقه أو دبره أو كانت أمة فاستولدها أو أقر به لرجل و هو يعلم فعليه أرش الجناية (لأن في الأول) أي فيما أعتقه المولى و هو لا يعلم بالجناية (فوت حقه) أي حق المجني عليه (فيضمنه و حقه في أقلهما) أي في الأقل من القيمة و من الأرش (و لا يصير مختارا للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم و في الثاني) أي فيما إذا أعتقه بعد العلم بالجناية (صار مختارا) للفداء (لأن الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه) أي على العتق (اختيار منه للآخر) و هو الفداء (و على هذين الوجهين) و هو العلم بالجناية و عدم العلم بها (البيع) بأن باع العبد الجاني (و الهبة) بأن وهبه لأحد (و التدبير) بأن دبره (و الاستيلاد) بأن كانت أمة فاستولدها (لأن كل ذلك

---

(١)ثم للوارث خلافة عنه. لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة و حكما و للميت حكما فقط لأنه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لأن ملك الميت أصل و ملك الوارث متفرع عليه و اعتبار الأصل أولى عناية. (٢) فان أعتقه المولى الخ. و الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى متى أحدث في العبد تصرفا يعجزه عن الدفع عالما بالجناية يصير مختارا للفداء و إلا فلا زيلعي و كفاية.

مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الإقرار على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولى الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه و ليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر و ألحقه الكرخى رحمه الله تعالى بالبيع و أخواته لأنه ملكه فى الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فأشبه البيع و إطلاق الجواب فى الكتاب ينتظم النفس و ما دونها و كذا المعنى لا يختلف

مما يمنع الدفع لزوال الملك به) أى بالمذكور من هذه الأشياء (بخلاف الاقرار على رواية الأصل) أى المبسوط يعنى إذا أقر الرجل الذى فى يده العبد الجانى بأن هذا العبد الجانى لفلان لا يصير مختارا للفداء توضيحه إذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندى أو عارية أو إجارة أو رهن لا يصير مختارا للفداء (لأنه لا يسقط به) أى بالاقرار (حق ولى الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه و ليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر) و لم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان أقامها أخر الأمر إلى قدوم الغائب و إن لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء و لا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع و قال القدورىّ فى شرحه فان اختار الفداء ثم حضر الغائب و صدقه فهو متطوع فى الفداء لأنه أقر ملك غيره بغير أمره و قد كان يمكنه أن يتخلص من الفداء بالدفع فاذا اختاره كان متبرعا و إن اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قيل له إن شئت فافسخ الدفع لأن التصديق استند إلى الاقرار الأول فصار مالكا للعبد من ذلك الوقت و قد دفعه من ليس بمالك فان شاء اختار دفعه و إن شاء فسخ و فدى (و ألحقه الكرخى رحمه الله تعالى) أى ألحق أبو الحسن الكرخى رحمه الله تعالى الاقرار (بالبيع و أخواته) و هى الهبة و التدبير و الاستيلاد يعنى فى صيرورته مختارا (لأنه ملكه فى الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فأشبه البيع) و فى الايضاح رواية الكرخىّ خارجة عن الأصول و هو قول زفر رحمه الله تعالى (و إطلاق الجواب فى الكتاب) و هو قوله ضمن الأقل من قيمته و من أرشها و أراد بالكتاب القدورى (ينتظم النفس و ما دونها) لأن الجناية أعم من أن يكون على النفس أو على ما دونها فيكون مختارا للفداء من هذه الأشياء بعد العلم بالجناية على النفس أو على ما دونها فان فعل قبل العلم يلزم الأقل من قيمة الجانى و الأرش (و كذا المعنى لا يختلف) أى المعنى الذى يكون به مختارا للفداء أو لا يكون مختارا فى النفس و ما دونها لا يختلف و هو أنه لا يصح الاختيار بدون العلم فاذا علم و فعل بعد ذلك الاعتاق و نحوه كان مختارا و إن فعل و لم يعلم لم يكن مختارا و يلزمه الأقل لأنه لا حق لولى الجناية فيما زاد على الأرش إذا كان الأرش أقل و إذا كان

و إطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى لأنه يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع و نقضه و بخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال و لو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها (١) مختارا و لو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض و هو متحقق فى الهبة دون البيع و إعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لأن فعل المأمور مضاف إليه

قيمة الجانى أقل يلزم المولى ذلك لأنه لم يفوت بفعله غير ذلك (و إطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى لأنه يزيل الملك) أى لأن البيع بشرط الخيار للمشترى يزيل ملك البائع بالإجماع و إن كانوا اختلفوا فى ثبوت الملك للمشترى (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع و نقضه و بخلاف العرض على البيع) يعنى (٢) لا يكون مختارا للفداء بهما (لأن الملك ما زال) فبقى الدفع ممكنا كما كان و قال القدورىّ فى شرحه و قال زفر رحمه الله تعالى العرض اختيار لأنه يدل على سعة الملك (و لو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به) أى لأن زوال الملك فى البيع الفاسد بالتسليم (بخلاف الكتابة الفاسدة) يعنى إذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بأن كاتبه على خمر أو خنزير حيث يكون مختارا (لأن موجبه) و هو استحقاق العتق عند أداء العوض المشروط (يثبت قبل قبض البدل) أى بدل الكتابة (فيصير بنفسه) أى بنفس العقد (مختارا) و فى الإيضاح كاتبه و هو يعلم بالجناية ثم عجز فإن كان خوصم قبل أن يعجز و قضى بالدية ثم عجز لم يرتفع القضاء لأن وجوب البدل استحكم بالقضاء و إن لم يحكم فيه حتى عجز كان له أن يدفعه لأن الدفع بالعجز و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى يصير مختارا بالعقد لتعذر الدفع باعتبار فوات اليد (و لو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه منه) أى من المجنى عليه (لأن المستحق له أخذه بغير عوض و هو متحقق فى الهبة دون البيع) حيث لا يكون إلا بعوض لأنه تمليك بعوض (و إعتاق المجنى عليه) يعنى إذا أعتق المجنى عليه العبد الجانى (بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه) أى فى العلم بالجناية و عدمه (لأن فعل المأمور مضاف إليه) أى إلى

---

(١) بنفسها. ن. بنفسه. (٢) يعنى لا يكون مختارا الخ. قيل المشترى بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع و البائع بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء و أجيب بأن ثمة ضرورة لم تتحقق ههنا و هى أنه لو لم يجعل مجيزا و فاسخا هناك لكان تصرفه واقعا فى ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ فى الأولى و تقدير الاجازة فى الثانية و أما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف فى ملك الغير فافترقا عناية.

و لو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزأ منه و كذا إذا كانت بكرا فوطئها و إن لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم و بخلاف وطئ الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعلاق و بخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك و لهذا

الآمر فكأنه أعتقه بنفسه (و لو ضربه) أى و لو ضرب المولى عبده الجاني (فنقصه) بأن أثر الضرب فيه حتى صار مهزولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب (فهو مختار إذا كان (١) عالما بالجناية لأنه) أى لأن (٢) المولى (حبس جزأ منه) أى من العبد فصار كما لو حبس الكل (و كذا) أى يكون مختارا للفداء (إذا كانت بكرا فوطئها و إن لم يكن معلقا) من الاعلاق و قيد به لإثبات الفرق بين وطء البكر و الثيب لأن بوطئ الثيب بدون الاعلاق لا يصير مختارا للفداء فى ظاهر الرواية قاله الكاكى (لما قلنا) أشار به إلى قوله لأنه حبس جزأ منه (بخلاف التزويج) أى لا يكون مختارا للفداء بالتزويج (لأنه عيب (٣) من حيث الحكم) و لكنه ليس بنقص حقيقة و هو ظاهر (و بخلاف وطء الثيب) أى لا يكون مختارا للفداء بوطء الثيب بدون الاعلاق (على ظاهر (٤) الرواية) و روى (٥) عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن مطلق الوطئ اختيار و به قال زفر رحمه الله تعالى (لأنه) أى لأن وطء الثيب (لا ينقص من غير إعلاق و بخلاف الاستخدام) أى لا يكون مختارا للفداء بالاستخدام أيضا (لأنه) أى لأن الاستخدام (لا يختص بالملك) فلم يدل على الاختيار (و لهذا)

---

(١)إذا كان عالما بالجناية و أما إذا ضربه و لم يعلم بالجناية كان عليه الأقل من قيمته و من الأرش إلا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصا و لا ضمان على المولى لأنه لما رضى به ناقصا صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية عناية و كفاية. (٢)لأن المولى حبس الخ. و لو ضرب المولى عينه فابضيت و هو عالم به ثم ذهب البياض قبل أن يخاصم فيه لا يكون مختارا للفداء بل يدفع أو يفدى لأن النقصان لما زال جعل كأن لم يكن و لو خوصم فى حالة البياض فضمنه القاضى الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد لأن الخيار قد استحكم بانضمام القضاء إليه كفاية. (٣)لأنه عيب من حيث الحكم و ذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذ الاقرار يدخلها نوع عيب و لكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء عناية. (٤)على ظاهر الرواية. فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية و بين البيع بشرط الخيار فان الوطى هناك فسخ للبيع و إن لم يكن معلقا و ههنا لا يكون اختيارا إلا إذا كان معلقا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطى حراما لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشترى من حين العقد و لهذا يستحق زوائدها فتبين أن الوطى حصل فى غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا و ههنا إذا دفعها بالجناية يملكها ولى الجناية من وقت الدفع و لهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين أن الوطى كان فى غير ملكه عناية. (٥)روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن مطلق الوطى اختيار لأن الحل يختص بالملك فكان الوطى دليلا على إمساك العين عناية و كفاية.

لا يسقط به خيار الشرط و لا يصير مختارا بالإجارة و الرهن في الأظهر و كذا بالاذن في التجارة و إن ركبه دين لأن الإذن لا يفوت الدفع و لا ينقص الرقبة الا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته. قال و من قال لعبده إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك و قال زفر رحمه الله تعالى لا يصير مختارا للفداء لأن وقت تكلمه لا جناية و لا علم له بوجوده و بعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط و ثبت العتق و الطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا و لنا أنه علق الإعتاق بالجناية و المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية

أى و لكون الاستخدام لا يختص بالملك (لا يسقط به) أى بالاستخدام (خيار الشرط) يعنى إذا اشترى عبدا بالخيار و استخدمه فخياره باق حتى لو هلك في الخدمة لا ضمان عليه و كذا لو كان عليه دين فاستخدمه فهلك لا ضمان للغرماء (و لا يصير مختارا بالإجارة و الرهن في الأظهر) لأن الإجارة تنقض بالأعذار فيكون قيام حق ولى الجناية فيه عذرا في نقض الإجارة و الراهن يتمكن من قضاء الدين و استرداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء و قوله في الأظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختارا للفداء بالإجارة و الرهن لأنه أثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع (و كذا بالإذن في التجارة) يعنى لا يكون مختارا لأنه لا يعجزه عن الدفع (و إن ركبه دين) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأن الإذن لا يفوت الدفع) لقيام ملكه (و لا ينقص الرقبة إلا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته) أى قيمة العبد لأنه لما بطل الدفع من حين امتناعه وجبت القيمة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قال لعبده إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك) أى إن فعل العبد أحدا من تلك الأفعال (و قال زفر رحمه الله تعالى لا يصير مختارا للفداء لأن وقت تكلمه لا جناية و لا علم له بوجوده و بعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى أنه لو علق الطلاق و العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط و ثبت العتق و الطلاق لا يحنث في يمينه تلك) أى اليمين الموجودة بعد تعليق العتاق و الطلاق بالشرط (كذا هذا و لنا أنه علق الإعتاق بالجناية و المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية) ثم أوضح ذلك بقوله

ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول و كذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت و مات من ذلك المرض يصير فارا لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكن الامتناع عنه و لأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه و الظاهر أنه يفعله فهذا دلالة الإختيار. قال و إذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية و إن لم يعتقه رد على المولى و قيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه و وجه ذلك و هو أنه إذا لم يعتقه و سرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد

(ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فو الله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول) لا من وقت القول فكذا هنا يصير كأنه أعتقه بعد الجناية و هو يعلم بذلك (و كذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت و مات من ذلك المرض يصير فارا) فترث المرأة (لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض) لأنه لما أضاف الطلاق إلى المرض صار كأنه طلقها بعد مرضه (بخلاف ما أورد لأن غرضه) أى غرض الحالف (طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته) أى تحت الحلف (ما لا يملك الامتناع عنه) لأنه لا يقدر على الامتناع عما علقه قبل الحلف فلم يكن ذلك داخلا تحت يمينه و لم يكن ذلك مرادا بل كان المراد منها ما يمكن الامتناع عنه مما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا (و لأنه) دليل آخر أى و لأن المولى (حرضه) أى حرض العبد (على مباشرة الشرط) و هو القتل أو الرمى أو الشج (بتعليق أقوى الدواعى إليه) أى إلى الشرط و هو الحرية (و الظاهر أنه يفعله) رغبة منه فى الحرية (فهذا دلالة الاختيار) أى اختيار الفداء. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه) أى المجنى عليه (ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية و إن لم يعتقه رده على المولى و قيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه ووجه ذلك) يريد به بيان الفرق بينما إذا أعتق و بينما إذا لم يعتق (و هو أنه إذا لم يعتقه و سرى) أى القطع (تبين أن الصلح) أى الدفع (وقع باطلا) و سماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أن الموجب الأصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به و إنما وقع باطلا (لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد

لا يجرى القصاص بينها و بين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب و إنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل و الباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه و لا صحة له إلا و أن يجعل صلحا عن الجناية و ما يحدث منها و لهذا لو نص عليه و رضى المولى به يصح و قد رضى المولى به لأنه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح فى ضمن الإعتاق ابتداء و إذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء و الصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى و الأولياء على خيرتهم فى العفو و القتل و ذكر فى بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد و دفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية

لا يجرى القصاص بينها و بين أطراف الحر فإذا سرى) أى القطع (تبين أن المال غير واجب و إنما الواجب هو القود) أى القصاص (فكان الصلح واقعا بغير بدل) يعنى المصالح عنه لأن الذى وقع الصلح عنه و هو المال قد زال و الذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح (فبطل و الباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه) فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد (فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر) من حال العاقل (أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه) لاظهار الصحيح فرارا من الباطل (و لا صحة له) أى لهذا الصلح (إلا و أن يجعل صلحا عن الجناية و ما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق (و لهذا لو نص عليه) أى على أن يكون العبد صلحا عن الجناية و ما يحدث منها (و قد رضى المولى به لأنه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل) و هو اليد (يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير) و هو السراية إلى النفس (فإذا أعتق يصح الصلح فى ضمن الاعتاق ابتداء و إذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء و الصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى و الأولياء على خيرتهم فى العفو و القتل و ذكر فى بعض النسخ) أى نسخ الجامع الصغير و به صرح فخر الاسلام فى جامعه و صاحب الكافى فيه (رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد و دفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال) أى محمد رحمه الله تعالى (العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية) يعنى و إن

و هذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس و مات حيث لا يجب القصاص هنالك و ههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس و الاستحسان و قيل بينهما فرق و وجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك و إن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل. قال و إذا جنى العبد المأذون له جناية و عليه ألف درهم فأعتقه المولى و لم يعلم بالجناية

لم يعتقه رد إلى مولاه و يجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل و العفو (و هذا الوضع) قيل أى الوضع الثاني و هو النسخة الغير المعروفة و قال الأترازىؒ أى وضع الجامع الصغير فى النسخة المعروفة و فى النسخة الأخرى جميعا (يرد إشكالا) فى هذه المسألة و هى قوله (فيما إذا عفى عن اليد ثم سرى إلى النفس و مات حيث لا يجب القصاص هنالك يعنى ثمة بل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبهة (و ههنا) أى فى هذه المسألة (قال يجب) أى القصاص و هذا وجه الاشكال ثم أشار المصنفؒ إلى وجه دفع هذا الاشكال بقوله (قيل ما ذكر ههنا) من وجوب القصاص (جواب القياس) و ما ذكر هناك جواب الاستحسان (فيكون الوضعان جميعا على القياس) فى الأول (و الاستحسان) فى الثاني فاندفع التدافع و حصل التوافق (و قيل بينهما فرق) أى بين الوضعين فرق ظاهر يعنى بين هذه المسألة و مسألة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا و لم يجب ثمة بل وجبت الدية (و وجهه) أى وجه الفرق (أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا) و يبطل به الجناية لأن العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك و إن بطل حكما) كلمة إن وصلية أى و إن بطل العفو بالسراية من حيث الحكم (يبقى موجودا حقيقة فيكفى ذلك) أى العفو (لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال) فوجب القصاص و هو معنى قوله (فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة) يعنى القصاص (و هذا) الذى ذكرناه (إذا لم يعتقه أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل) و هو قوله لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا جنى العبد المأذون له جناية و عليه ألف درهم فأعتقه المولى و لم يعلم بالجناية) قيد بعدم

فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين و قيمة لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الإنفراد الدفع للأولياء و البيع للغرماء فكذا عند الإجتماع و يمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبى حيث يجب (١) قيمة واحدة للمولى و يدفعها المولي إلي الغرماء لأن الأجنبي إنما يضمن للمولي بحكم الملك فلا يظهر

العلم ليبنى عليه قوله (فعليه) أى فعلى المولى (قيمتان قيمة لصاحب الدين و قيمة لاولياء الجناية) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و مالك رحمه الله تعالى (لأنه) أى المولى (أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء و البيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع) أى اجتماع الحقين (و يمكن الجمع بين الحقين) هذا جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع يجوز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما و تقرير الجواب الجمع بينهما ممكن (إيفاء) أى من حيث الايفاء (من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما) أى يضمن المولى القيمتين (بالاتلاف) و الأصل أن العبد إذا جني و عليه دين يخير المولى بين الدفع و الفداء فإن دفع بيع فى دين الغرماء فإن فضل شيء كان لأصحاب الجناية و إنما بدأنا بالدفع لأن به توفير الحقين فإن حق ولى الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الديون و متى بدأنا بدفعه فى الدين تعذر الدفع بالجناية لأنه تجدد للمشترى الملك و لم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجيب بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فإن للناس فى الأعيان أغراضا و إنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأن موجبها صيرورته حرا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم إذا بيع و فضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية لأنه بيع على ملكهم و إن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولي الأول و إنما قيد المسألة بعدم العلم ليبنى عليه كما قلنا قول المصنفؒ فعليه قيمتان لأنه لو أعتقه و هو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية فى النفس لأوليائها و قيمة العبد لصاحب الدين لأن الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الأرش دون القيمة (بخلاف ما إذا أتلفه أجنبى) أى إذا أتلف العبد المأذون أجنبى (حيث تجب قيمة واحدة للمولي و يدفعها المولي إلي الغرماء لأن الأجنبي إنما يضمن للمولي بحكم الملك فلا يظهر (٢)

(١)يجب.ن.تجب. (٢)فلا يظهر فى مقابلته الحق أى حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك لأنه دون الملك

في مقابلته الحق لأنه دونهو ههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما. قال و إذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين و إن جنت جناية لم يدفع الولد معها و الفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسرى إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها

في مقابلته الحق لأنه دونه) أي لأن الحق دون الملك يعني لا يضمن الأجنبي سوى قيمة العبد (و ههنا يجب لكل واحد منهما) أي من صاحب الدين و ولي الجناية (باتلاف الحق فلا ترجيح) أي فلا ترجيح لأحدهما على الآخر لأن حقهما مرجوح ههنا بالنسبة إلى ملك المولى (فيظهران) أي فيظهر الحقان (فيضمنهما) أي فيضمن المولى بالاعتاق حق صاحب الدين و حق ولي الجناية لأنه أتلف حقهما. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت) أي من زوجها (فانه (١) يباع الولد معها في الدين و إن جنت جناية لم يدفع الولد معها) أي مع الأم الأمة (و الفرق) بين المسألتين (أن الدين وصف حكمي فيها) أي في الأمة (واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء) أي من حيث الاستيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الأوصاف الشرعية القارة في الأم (فيسرى إلى الولد كولد المرهونة) أي كولد الجارية المرهونة فانه يباع مع أمه (بخلاف الجناية) حيث لم يدفع الولد معها (لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها) أي في ذمة الأمة و رقبتها

=> فصار كأن ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتلك القيمة لأن القيمة مالية العبد و الغريم مقدم على المولى فيها لأن الواجب أن يدفع إليه ثم يباع له فكان مقدما معنى و القيمة هي المعنى فيسلم إليه و في الفصل الأول التعارض بين الحقين و الحقان مستويان فيظهران فيضمنهما كفاية. (١)فانه يباع الولد معها في الدين. هذا إذا ولدت بعد الاستدانة أما إذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها و أما الأموال التي حصلت لها بطريق الهبة أو الصدقة أو بالتجارة فهي أحق بها من مولاها في أداء دينها بها و يستوى في ذلك ان كانت اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعده لأن يدها في الكسب يد معتبرة حتى لو نازعها فيه انسان كانت خصما له فباعتبار بقاء يدها تبقى حاجتها فيه مقدما بخلاف ما إذا كان أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين و هذا بخلاف ما إذا ولدت قبل أن يلحقها الدين لأن ولدها ليس من كسبها و لكنه جزء متولد من عينها فكما أن نفسها لا تكون من كسبها فكذلك ولدها إلا أن نفسها تباع في الدين لالتزام المولى ذلك بالاذن لها في التجارة و ذلك لا يوجد في حق الولد و لو تعلق به حق الغرماء إنما يكون بطريق السراية و لا سراية بعد الانفصال لأن الولد بعد الانفصال نفس على حدة كفاية.

و إنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي و هو الدفع و السراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية. قال و إذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة و أبرأ (١) العبد و المولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة. قال و إذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ و أنا عبد و قال الآخر قتلته و أنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ

خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد (و إنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي) الحسي (و هو الدفع و السراية) أي سراية الحكم من الأم إلى الولد (في الأوصاف الشرعية دون (٢) الأوصاف الحقيقية) و وجوب الدفع أثر الفعل الحقيقي فلذلك لم يسر إلى الولد و لهذا لو كانت الأمة سوداء لا يلزم أن يكون ولدها أسود. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان العبد لرجل زعم (٣) رجل أن مولاه أعتقه فقتل (٤) العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له) أي للذي زعم أنه أعتقه لا قليل و لا كثير (لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة و إبراء (٥) العبد و المولى) أي وادعى أيضا إبراء العبد و إبراء المولى لأن الإنسان مؤاخذ بزعمه (إلا أنه) أي غير أن هذا الزاعم (لا يصدق على العاقلة (٦) من غير حجة) فلا يكون له شيء أصلا. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير و إذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ و أنا عبد و قال الآخر قتلته و أنت حر فالقول قول العبد) أي مع يمينه بالاجماع و قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى فيه وجهان أحدهما و هو نص الشافعي رحمه الله تعالى أن القول للمولى مع يمينه و الثاني أن القول للجاني (لأنه) أي العبد (منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة) أي معلومة (منافية للضمان إذ

---

(١)أبرأ.ن.إبراء. (٢) دون الأوصاف الحقيقية بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره و أما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحوله عناية. (٣)زعم أي أقر شامي. (٤)فقتل الخ. ذكر في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية و في المبسوط بعدها و لا تفاوت في ذلك عناية و قال في النهاية وضع المسئلة فيما إذا جنى العبد جناية ثم أقر المجني عليه أنه حر قبل الدفع إليه و جعل في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية و هما لا يتفاوتان و أما إذا أقر المجني عليه بعد الدفع إليه فهو حر لأنه ملكه بالدفع و قد أقر له بحريته فيعتق عليه باقراره و صار نظير من اشترى عبدا ثم أقر بتحرير مولاه قبل البيع زيلعي. (٥)و إبراء العبد يعني من كل الدية لا من قسطه في الدية و إبراء المولى لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية إعتاقا حتى يصير المولى به مختارا للفداء مستهلكا حق المجني عليه بالاعتاق كفاية (٦)العاقلة و هم قبيلة السيد المعتق شامي.

الكلام فيما إذا عرف رقه و الوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء و صار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي و أنا صبي أو بعت داري و أنا صبي أو قال طلقت امرأتي و أنا مجنون و قد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا. قال و من أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك و أنت أمتي و قالت قطعتها و أنا حرة فالقول قولها و كذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع و الغلة استحسانا و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى

الكلام فيما إذا عرف رقه و الوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء) أي من حيث الدفع إلى ولي الجناية أو من حيث الفداء و اعترض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في إقراره و المقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله و أجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الاقرار و ههنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق (فصار) أي حكم هذا (كما إذا قال البالغ العاقل طلقت إمرأتي و أنا صبي أو بعت داري و أنا صبي أو قال طلقت إمرأتي و أنا مجنون و قد كان جنونه معروفا كان القول (١) قوله لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان و كذا إذا قال أقررت بهذا المال لفلان و أنا صبي و قال المقر بل أقررت و أنت بالغ فالقول قول المقر لأن الصبا ينافي وجوب الاقرار. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك و أنت أمتي و قالت قطعتها و أنا حرة فالقول قولها و كذلك) أي القول قولها في (كل ما أخذ منها إلا الجماع و الغلة (٢)) بأن قال جامعتك و أنت أمتي أو قال أخذت منك غلة عملك و أنت أمتي فقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول للمولى (استحسانا) أي من حيث الاستحسان (و هذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه) أي لا يضمن المولى إلا إذا أقر بأخذ شيء بعينه و المأخوذ قائم في يده و اختلفا فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه على أنه (يؤمر برده عليها) و بقول محمد رحمه الله تعالى قال زفر رحمه الله تعالى (لأنه) أي لأن المولى (منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له) أي للضمان (كما في المسألة الأولى) أشار بها إلى قوله و إذا أعتق العبد فقال

---

(١) كان القول قوله يعني مع يمينه عناية. (٢) الغلة. و في المغرب: الغلة كل ما يحصل من ريع أرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك اه.

و كما فى الوطء و الغلة و فى الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها و هى منكرة و القول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها و لهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى و عينى اليمنى صحيحة ثم فقئت و قال المقر له لا بل فقأتها و عينك اليمنى مفقوئة فإن القول قول المقر له و هذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها و هى مديونة و كذا يضمن مال الحربى إذا أخذه و هو مستأمن

لرجل قتلت أخاك خطأ و أنا عبد و قال الآخر قتلته و أنت حر فالقول قول العبد (و كما فى الوطء و الغلة و فى الشيء القائم أقر) أى المولى (بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها و هى منكرة و القول قول المنكر فلهذا يؤمر) أى المولى (بالرد إليها و لهما) أى و لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أنه) أى المولى (أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه) عن الضمان (فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى و عينى اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد به برائته عن ضمان العين قصاصا و أرشا (و قال المقر له لا بل فقأتها و عينك اليمنى مفقوئة) يدعى به و جوب نصف الدية عليه بناء على أن جنس العضو المتلف إن كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف يسقط القصاص و لم يعدل حق المتلف إلى الأرش لأن حقه ابتداء فى القصاص من غير تخيير عندنا خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لكن ذكر فى الايضاح و الذخيرة لا قصاص فى العين إذا فقئت عمدا أو خطأ و إنما يجب القصاص إذا كانت قائمة و ذهب ضوؤها و فى المستصفى لا قصاص فى الحدقة إنما القصاص إذا ضربها و ذهب ضوؤها و لكن ذكر فى الذخيرة بعد ذكر هذه الروايات عزوا إلى الأجناس أنه لو ضرب عين إنسان باصبع ضربة فذهب ضوؤها ففيه القصاص فيحمل ما ذكر فى الكتاب على تلك الرواية (فان القول قول المقر له و هذا) يشير به إلى قوله أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له (لأنه) أى لأن المقر (ما أسنده) أى ما أسند سبب الضمان و هو الأخذ أو القطع (إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها) أى يد الأمة (لو قطعها و هى مديونة) أى و الحال أنها مديونة (و كذا يضمن مال الحربى إذا أخذه و هو مستأمن) أى و الحال أنه مستأمن و قال الاكمل هذا ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكره بيانا لمسألة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان و أخذ مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً و أنت حربى فقال لا بل

بخلاف الوطء و الغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها و إن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان. قال و إذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبى الدية لأنه هو القاتل حقيقة و عمده و خطؤه سواء على ما بينا من قبل و لا شيء على الآمر و كذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع و ما اعتبر

أخذت مني و أنا مسلم فإنها على الخلاف (بخلاف (١) الوطء و الغلة) هذا يتصل بقوله كما فى الوطء و الغلة و هو جواب عما قاسه محمد رحمه الله تعالى (لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب (٢) العقر (٣)) و كذا وطء الأمة المرهونة لا يوجب العقر (و كذا أخذه من غلتها) أى أخذ المولى من غلة أمته (و إن كانت مديونة) كلمة إن وصلية (لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان. قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبى الدية لأنه هو القاتل حقيقة و عمده و خطأه سواء) قيد بالعبد لأنه لو كان الآمر حرا بالغا يرجع عاقلة الصبى على عاقلة الآمر و قيد بالمحجور عليه لأنه لو كان مكاتبا بالغا يرجع عاقلة الصبى عليه بأقل من قيمته و من الدية بخلاف ما إذا كان الآمر عبدا مأذونا حيث لا يرجعون عليه إلا بعد العتق و قيد بأن يكون الصبى حرا لأنه لو كان عبدا فمولاه مخير بين الدفع و الفداء ثم بعد الدفع أو الفداء يرجع مولاه على المحجور الآمر بعد الاعتاق بقيمة عبده (على ما بينا من قبل) إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين (و لا شيء على الآمر و كذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما) أى لأن العبد المحجور عليه و الصبى (لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها) أى فى الأقوال (باعتبار الشرع و ما اعتبر)

(١) بخلاف الوطء و الغلط. و الحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه فى وجه يكون القول قول المولى و هو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها و فى وجه يكون القول قول الجارية و هو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالاً و هو قائم فى يده و فى و جه اختلفوا و هو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها و قد اتفقوا على أصلين أحدهما أن الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به و الآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع الا بحجة فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول بالاتفاق و الوجه الثانى مخرج على الأصل الثانى بالاتفاق و الوجه الثالث خرجه محمد رحمه الله تعالى على الأول و هما على الثانى عناية. (٢) لا يوجب العقر لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها لأنها ليست بمال و كذلك أخذ الغلة فان المولى إذا ضرب على عبده غلة و هو مديون يصح و لو أخذ لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا لا مقرا كذا ذكره الامام السكتاني كفاية. (٣) العقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة مغرب.

قولهما و لا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدا و يرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى و قد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبى لأنه قاصر الأهلية. قال و كذلك إن أمر عبدا معناه أن يكون الآمر عبدا و المأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء و لا رجوع له على الأول فى الحال و يجب أن يرجع بعد العتق

أى الشرع (قولهما و لا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدا (١) و يرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق) و فى النهاية و فى هذه الرواية ضعف لأنه ذكر فى جامع المحبوبى و التمرتاشى و لا رجوع لهم على العبد لا فى الحال و لا بعد العتق لأن هذا الضمان ليس بضمان الغضب لأن الحر لا يغصب و إنما هو (٢) ضمان جناية و جناية العبد لا تلزمه بعد العتق و كذا ذكر فى المغنى محالا إلى شرح الزيادات للعتابى رحمه الله تعالى أن ما ذكر فى الكتاب فيه نوع ضعف لمخالفته رواية الزيادات (لأن عدم الاعتبار لحق المولى و قد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبى لأنه قاصر الأهلية) و قد زال حق المولى بعد العتق فيؤاخذ لزوال المانع و فى الصبى لم يعتبر قوله لقصور أهليته. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و كذلك إن أمر عبدا) أى و كذلك الحكم إن أمر العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه أشار إليه المصنفّ بقوله (معناه أن يكون الآمر عبدا و المأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب (٣) مولى القاتل بالدفع أو الفداء و لا رجوع له) أى للمولى (على الأول فى الحال و يجب أن يرجع بعد العتق

---

(١)أبدا أى و إن بلغ شامية. (٢)و إنما هو ضمان جناية و هو على المولى لا على العبد و قد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر و هذا أوفق للقواعد ألا ترى أن العبد إذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شىء لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان و لهذا لو حفر العبد بئرا فأعتقه مولاه ثم وقع فيها إنسان فهلك لا يجب على العبد شىء و إنما يجب على المولى قيمته لأن جناية العبد لا توجب عليه شيئا و إنما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة و لو مات فيها ألف نفس فيقتسمونها زيلعى. (٣)يخاطب الخ. و هذا الحكم لايقتضى أن يكون الآمر و المامور كلاهما محجورا عليهما لا محالة بل يكتفى بأن يكون الآمر محجورا عليه لأنه إذا أمر العبد المحجور العبد الماذون و باقى المسئلة بحالها فالحكم كذلك أما لو كان الآمر عبدا ماذونا و المامور عبدا محجورا أو ماذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع أو الفداء على رقبة العبد الآمر فى الحال بقيمة عبده لأن الآمر بأمره صار غاصبا للمامور فصار كاقراره بالغصب و العبد الماذون لو أقر بالغصب يؤاخذ به فى حال رقه بخلاف المحجور على ماذكرنا كفاية و لو كان المامور حرا بالغا عاقلا فالدية على عاقلته و لا ترجع العاقلة على الآمر لأن أمره لم يصح زيلعى.

بأقل من الفداء و قيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة و هذا إذا كان القتل خطأ و كذا إذا كان عمدا و العبد القاتل صغيرا لأن عمده خطأ أما إذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر و العبد. قال و إذا قتل العبد رجلين عمدا و لكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص و انقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الإبتداء و هذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفا و قد سقط نصيب العافيين و هو النصف و بقي النصف فإن كان قتل أحدهما عمدا و الآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذى لم يعف من وليي العمد و عشرة آلاف لوليي الخطأ لأنه لما انقلب العمد مالًا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف و حق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف و لا تضايق في الفداء.

بأقل من الفداء و قيمة العبد لأنه) أى المولى (غير مضطر فى دفع الزيادة) أى لا ضرورة فى إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما (و هذا) أى الذى ذكرنا (إذا كان القتل خطأ و كذا إذا كان عمدا و العبد القاتل صغيرا) أى و كذا الحكم إذا كان القتل عمدا و الحال أن العبد هو القاتل و إنه كان صغيرا (لأن عمده خطأ أما إذ كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر و العبد. قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا قتل العبد رجلين عمدا و لكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص و انقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الابتداء) و لو وجب المال فى بداية الأمر بسبب القتيلين لكان بالنصف فكذا هنا (و هذا لأن حقهم) أى حق الأولياء (فى الرقبة أو فى عشرين ألفا و قد سقط نصيب العافيين) من الأولياء الأربعة (و هو النصف و بقى النصف فإن كان قتل أحدهما عمدا) أى فإن كان قتل العبد أحد الرجلين عمدا (و الآخر) أى و قتل الرجل الآخر (خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذى لم يعف من وليي العمد و عشرة آلاف لوليي الخطأ لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق وليي الخطأ فى كل الدية عشرة آلاف و حق أحد وليي العمد فى نصفها خمسة آلاف و لا تضايق فى الفداء) لأنه يجب فى الذمة و الذمة صالحة أن يثبت فيها أموال كثيرة

فيجب (١) خمسة عشر ألفا و إن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ و ثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ و ربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة و استوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم أرباعا و عنده يقسم بطريق العول و المضاربة أثلاثا لأن الحق تعلق بالرقبة

(فتجب خمسة عشر ألفا و إن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ و ثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ و ربعه لولي العمد فالقسمة (٢) عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة) و بقي النصف الآخر (و استوت منازعة الفريقين في النصف الآخر) و كل واحد من وليي الخطأ و شريك العافي يدعيه (فينتصف) أي فيجعل هذا النصف بينهما نصفين (فلهذا يقسم أرباعا) أي فلأجل هذا كانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا و معنى المنازعة أن كل جزء فرغ من دعوى قوم سلم للآخر بلا منازعة و قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير و في قول زفر رحمه الله تعالى لصاحبي الخطأ النصف و لصاحب العمد الذي لم يعف الربع و بقي الربع للمولى (و عنده) أي و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (يقسم بطريق العول و المضاربة أثلاثا) و معنى العول أن يضرب كل واحد بسهمه فتجمع السهام كلها و تقسم العين على مبلغ السهام (لأن الحق تعلق بالرقبة) لأن أصل (٣) حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف و القسمةفي غير العين تكون بطريق العول و المضاربة و هذا لأن حق وليي الخطأ في عشرة آلاف و حق

(١)فيجب.ن.فتجب. (٢)فالقسمة عندهما الخ. بيانه أن الأصل المتفق عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة و نحوها فالقسمة بالعول و المضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل منهما كملا فيضرب بجميع حقه و إن وجبت ابتداء لا بسبب دين في الذمة كبيع الفضولي بأن با ع عبد انسان كله و آخر با ع نصفه و أجازهما المالك فالعبد بين المشتريين أرباعا بطريق المنازعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال و إذا ثبت هذا فقالا في هذه المسئلة ثلاثة أربا ع العبد المدفوع لوليي الخطا و ربعه للساكت من وليي العمد لأن حق وليي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا أحدهما بطل حقه و فرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر و استوت فيه منازعة وليي الخطا و الساكت فنصف بينهما عناية ملخصا.
(٣)لأن أصل حقهما الخ. كذا في النهاية و العناية و معراج الدراية كما في الأفكار أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح و إن كان للمولى حق النقل إلى الفداء و ما ذكره الشراح يخالفه ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشراح أيضا إلا أن يراد بالرقبة الذمة مجازا سعدية.

أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذان بالكل و ذلك بالنصف و لهذه المسألة نظائر و أضداد ذكرناها فى الزيادات. قال و إذا كان عبد بين رجلين فقتل وليا لهما أى قريبا لهما فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية و ذكر فى بعض النسخ قتل مولى لهما و المراد القريب أيضا و ذكر فى بعض النسخ قول محمد رحمه الله تعالى مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى

شريك العافى فى خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته (أصله) أى أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى (التركة المستغرقة بالديون) كما لو كانت التركة ألفا و لرجلين على الميت ثلاثة آلاف لأحدهما ألف و للآخر ألفان فإن التركة تقسم بينهما بطريق العول و المضاربة أثلاثا ثلثا التركة لصاحب الألفين و ثلثها لصاحب الألف (فيضرب (١) هذان) أى وليا الخطأ (بالكل و ذلك) أى ولى العمد (بالنصف) أى يضرب بالنصف (و لهذه المسألة نظائر) أى أمثال (و أضداد) يعنى خلافها (ذكرناها فى الزيادات) أى فى كتاب الزيادات و هو مصنف صاحب الهداية و قد مضى فى كتاب الدعوى شيء مما ذكر فى الزيادات فى باب ما يدعيه الرجلان. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا كان عبد بين رجلين فقتل وليا لهما أى قريبا لهما) كأخيهما أو عمهما (فعفا أحدهما بطل الجميع) أى بطل الدم كله (عند (٢) أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا (٣)) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية و ذكر فى بعض النسخ) أى نسخ الجامع الصغير (قتل مولى لهما و المراد) بالمولى (القريب أيضا) و قال الله تعالى ﴿و إنى (٤) خفت الموالى من ورائى﴾ و المولى ابن العم و العصبة و الجمع موالى كذا فى التفسير و قال الاترازى و يحتمل أنه أراد به المعتق الذى أعتقاه فصارا عصبة له بالولاء و قد ذكره فخر الاسلام (و ذكر فى بعض النسخ) أى نسخ الجامع الصغير (قول محمد رحمه الله تعالى مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أى مع قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و الأشهر أن محمدا رحمه الله تعالى مع أبى يوسف رحمه الله تعالى و قال القدورى رحمه الله تعالى فى كتاب التقريب و الصحيح أنه مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

---

(١)فيضرب الخ. و فى المغرب: قال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث اه.
(٢)عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى له أن القصاص واجب لكل واحد منهما فى النصف من غير تعيين فاذا انقلب مالا احتمل الوجوب من كل وجه بأن يعتبر متعلقا بنصيب صاحبه و احتمل السقوط من كل وجه بأن يعتبر متعلقا بنصيب نفسه و احتمل النصف بأن يعتبر متعلقا بهما شائعا فلا يجب المال بالشك كفاية. (٣)قالا الخ. لهما أن نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه فى ملكه و نصفه فى ملك صاحبه فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط و هو الربع و ما أصاب ملك نفسه سقط كفاية. (٤)و إنى خفت الآية. مريم:٥.

و ذكر (١) في الزيادات عبد قتل مولاه و له ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب و لم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر و هو النصف مالاً غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه و النصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا و ما كان في نصيب صاحبه بقي و نصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية و لهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه و لهذا تقضى منه ديونه و تنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته و المولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه.

فصل

و من قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة و في الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة

(فصل)

أي هذا فصل في بيان أحكام الجناية على العبد و لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد على غيره شرع في بيان أحكام الجناية عليه و قدم (٢) الأول لتقدم الفاعل على المفعول (و من قتل عبدا خطأ فعليه (٣) قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة و في الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف (٤) إلا عشرة) إلى

---

(١)و ذكر في الزيادات إلى قوله فلا تخلفه الورثة فيه لفظ صاحب الهداية غير مكتوب و غير مشروح في البناية كما ترى و قال الاتقاني هذا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها و لم يكتب في أكثر نسخها و الحق أن يكتب لأنه إذا لم يكتب تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل أصلا انتهى و أنت خبير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الزيادات و تبقى مسئلة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة اه سعدية و قال الاكمل في العناية و وقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير و التعويل على المسموع اه. (٢)قدم الأول ترجيحا لجانب الفاعلية عناية. (٣)فعليه يعني على عاقلته في ثلاث سنين در مختار و شلبي عن كرخي. (٤)خمسة آلاف إلا عشرة هذا أظهر الروايتين و في رواية الحسن رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة كفاية و هو القياس شامي عن اتقاني.

و هذا عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف و الشافعى رحمهما الله تعالى تجب قيمته بالغة ما بلغت و لو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك فى يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع لهما أن الضمان بدل المالية و لهذا يجب للمولى و هو لا يملك العبد إلا من حيث المالية و لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد و بقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا

هنا لفظ القدورىؒ و قال المصنفؒ (و هذا عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و به قال النخعى (١) و الشعبى و الثورى رحمهم الله تعالى (و قال (٢) أبو يوسف و الشافعى رحمهما الله تعالى تجب قيمته (٣) بالغة ما بلغت) و به قال (٤) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و هو قول سعيد ابن المسيب و الحسن و محمد بن سيرين و عمر بن عبد العزيز و الزهرى و مكحول و اياس بن معاوية و الاوزاعى و اسحاق رحمهم الله تعالى و قال الكرخىؒ و روى عن على و ابن عمر و ابن عباس رضى الله تعالى عنهم فيه القيمة بالغا ما بلغ (و لو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك فى يده) أى فهلك العبد فى يد الغاصب (تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما) أى لأبى يوسف و الشافعى رحمهما الله تعالى (أن الضمان بدل المالية) و أوضحه ذلك بقوله (و لهذا يجب للمولى و هو لا يملك العبد إلا من حيث المالية) لا من حيث الآدمية فلو كان الضمان بدل الدم لوجب الضمان للعبد لأنه فى حق الدم مبقى على أصل الحرية (و لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد) ذكر هذا أيضا على سبيل الإيضاح عطفا على قوله يجب للمولى (و بقاؤه) أى بقاء العقد (ببقاء المالية أصلا) يعنى إن بقى العين (أو بدلا) يعنى إن هلكت و بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية دل على أن الضمان بدل المالية بيان هذه المسألة كما قال القدورىؒ فى كتاب التقريب قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إذا قتل المبيع فى يد البائع فاختار المشترى إجازة البيع كان له القصاص و كذلك إذا اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص و هذا حفظ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ليس للبائع القصاص و روى ابن زيادؒ عنه لا قصاص للمشترى

---

(١)و به قال النخعىؒ الخ. كذا فى المغنى ص٣٨٢ ج٩. (٢)قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الخ. و هذا القول من أبى يوسف رحمه الله تعالى قوله الآخر و كان يقول أولا مثل قولهما كفاية. (٣)تجب قيمته الخ. ثم قال أبو يوسف رحمه الله تعالى تجب فى مال القاتل فى رواية و على عاقلته فى أخرى شامية. (٤)و به قال مالكؒ الخ. كذا فى المغنى ص٣٨٢ ج٩.

و صار كقليل القيمة و كالغصب و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى قوله تعالى ﴿و دية مسلمة إلى أله﴾ أوجبها مطلقا و هى اسم للواجب بمقابلة الآدمية و لأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وٌ فيه معنى المالية و الآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما و ضمان الغضب بمقابلة المالية إذ الغصب لا يرد إلا على المال و بقاء العقد يتبع الفائدة

أيضا (و صار) أى العبد (كقليل القيمة) يعنى كالعبد الذى قتل و قيمته أقل من عشرة آلاف درهم تجب قيمته أية كانت فكذا هذا (و كالغصب) يعنى و صار كالمغصوب فانه يجب قيمة المغصوب بالغة ما بلغت فكذا هذا (و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى قوله تعالى ﴿و دية (١) مسلمة إلى أهله﴾) وجه الاستدلال به أن الله تعالى (أوجبها) أى الدية (مطلقا) من غير فصل بين الحر و العبد فى قتل الخطأ (و هى) أى الدية (إسم للواجب بمقابلة الآدمية) تقريره أن الله تعالى رتب فى قتل الخطأ حكمين الكفارة و الدية و العبد داخل فى حق وجوب الكفارة بالإجماع فيجب أن يكون فى حق الدية كذلك لأنه قال و من يقتل مؤمنا و العبد مؤمن فيكون ما وجب بقتله الدية و لا يجوز الزيادة على النص بالرأى أن المراد حر مؤمن (و لأن فيه) أى فى العبد (معنى الآدمية حتى كان مكلفا) بالإيمان و الشرائع التى تجب عليه من الصلاة و الصوم و العقوبات (و فيه) أى فى العبد (معنى المالية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (و الآدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها) أى اعتبار الآدمية (بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) أى بين معنى المالية و معنى الآدمية لأنهم أجمعوا على أن الضمان إما بدل المالية أو بدل الآدمية و العكس يفضى إلى إهدارهما جميعا لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها و فى إهدار الأصل إهدار التابع و إهدار أحدهما أولى من إهدارهما فإن قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما أجيب بأن الجمع إنما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة و ذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الإجماع (و ضمان الغصب) هذا جواب من قولهما و كان كالغصب بيانه أن ضمان الغصب لا يجب إلا (بمقابلة المالية إذ الغصب لا يرد إلا على المال) و هو ظاهر (و بقاء العقد) هذا جواب عن قولهما لو قتل العبد المبيع بيانه أن بقاء العقد فى قتل العبد المبيع (يتبع الفائدة) و هى انقلاب القصاص مالاً بالصلح فبقاؤه يدل على أنه يبقى لأجل الفائدة أو هى تمكن

---

(١)و دية مسلمة الآية. النساء: ٩٢.

حتى يبقى بعد قتله عمدا و إن لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية و فى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم و نقصنا منها فى العبد إظهارا لانحطاط رتبته و تعيين (١) العشرة بأثر عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما

المشترى من العفو (حتى يبقى) إيضاح لبيان بقاء العقد لأجل الفائدة أى حتى يبقى العقد (بعد قتله عمدا و إن لم يكن القصاص بدلا عن المالية) أى فى حق المشترى (فكذلك أمر الدية) أى يبقى لفائدة المشترى (و فى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية) يعنى أن الواجب فى قليل القيمة بدل الآدمية (إلا أنه لا سمع فيه) أى فى قليل القيمة لأنه لم يرد فيه شىء فإن قيل قوله عليه الصلاة و السلام ألا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط و العصا و فيه مائة من الابل مطلق يتناول الحر و العبد فيكون السماع فيه موجودا قلنا خص من ذلك الحديث المرأة لأنه لا يجب بقتلها مائة من الإبل فيخص العبد منه لأن المعنى المخصص موجود فيه و هو التفاوت فى المالكية كالتفاوت بين الرجل و المرأة (فقدرناه بقيمته رأيا) أى فقدرنا القليل بقيمة العبد من حيث الرأى لأنه يمكن معرفة نقصان بدل نفسه من بدل نفس الحر بالرجوع إلى تقويم المالية (بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم و نقصنا منها فى العبد إظهارا) أى لأجل الاظهار (لانحطاط رتبته) أى رتبة العبد عن رتبة الحر (و تعيين العشرة) كأنه جواب عما يقال لما قدرتم القليل بالقيمة رأيا فبما قدرتم النقص بالعشرة من دية الحر فأجاب بأن تعيين العشرة فى ذلك (بأثر عبد الله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما) قال المخرجّ هذا غريب و قال الأترازىّ روى القدورىّ فى شرح مختصر الكرخىّ عن عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه قال فى قيمة العبد لا يزاد على عشرة آلاف إلا عشرة و قال الأكملّ و غيره وقع فى بعض النسخ ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و هو ما روى عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر و ينقص منه عشرة دراهم و الأول أصح لموافقته لأكثر النسخ و قال الأترازىّ ذكر ابن عباس رضى الله تعالى عنهما موضع ابن مسعود رضى الله تعالى عنه غير صحيح لأن مذهب ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مثل قول أبى يوسف رحمه الله تعالى رواه الكرخىّ كذلك و قال الأكملّ و اعترض بأن أثر ابن مسعود رضى الله تعالى عنه معارض بما روى أن عمر و عليا و ابن عمر رضى الله تعالى عنهم أوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت و

(١) تعيين. ن. تعين.

قال و في يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله و ينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته و كل ما يقدر

أجيب بأن المروى عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أرجح لأن فيه ذكر المقدار و هو مما لا يهتدى إليه العقل و ليس فيما روى عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الأموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالرأى و مثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله ﷺ انتهى قلت روى (١) ابن أبي شيبة و عبدالرزاق في مصنفيهما عن النخعي و الشعبي رحمهما الله تعالى قالا لا يبلغ بدية العبد دية الحر في الخطأ. (قال) أي القدورى (و في يد العبد نصف قيمته لا يزاد (٢) على خمسة آلاف إلا خمسة) أي لا يزاد نصف قيمة العبد في تضمين الجاني على خمسة آلاف درهم منقوصا منه خمسة دراهم و في النهاية هذا خلاف ظاهر الرواية لأنه ذكر في المبسوط فأما طرف المملوك فالمعتبر فيه المالية فقط لأنه لا يضمن بالقصاص و لا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت إلا أن محمدا رحمه الله تعالى قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدى إلى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله إلى أنه قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب فيه خمسة آلاف إلا خمسة و ذكر في الأسرار أن جانب المالية أغلب و في فتاوى الظهيرية و جامع المحبوبي ما يوافق رواية المتن حيث قالا موضحة العبد مثل موضحة الحر تقضى بخمسمائة درهم إلا نصف درهم و لو قطع اصبع عبد عمدا أو خطأ و قيمته عشرة آلاف أو أكثر فعليه عشر الدية إلا درهم فكأن الشيخ اختار رواية محمد رحمه الله تعالى و به قال الكاكي (لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله و ينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته و كل (٣) ما يقدر

---

(١) روى ابن أبي شيبة في الديات (باب) من قال لا يبلغ به دية الحر ص ٢٤٠ ج٩ و عبدالرزاق في العقول باب دية المملوك ص٩ ج١٠. (٢) لا يزاد الخ. كذا في الخلاصة و مجمع البحرين و شرحيه و الاختيار و فتاوى الولوالجي و المنتقى و في المجتبى عن المحيط نقصان الخمسة هنا باتفاق الروايات بخلاف فصل الأمة اه و ذكر في النهاية عند قول صاحب الهداية لا تزاد على خمسة آلاف إلا خمسة هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية ففي المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب إلا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجب في قطع يده خمسة آلاف إلا خمسة وجه الظاهر أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال و لهذا لا يجب القصاص بحال و لا تتحملها العاقلة إلا أن محمدا رحمه الله تعالى قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدى إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد يساوى ثلاثين ألفا يضمن خمسة عشر ألفا و كذا ذكر في الكفاية و حكاه الأكمل عن النهاية و عليه مشى عز الدين يوسف الرازى في شرح الكنز اه شلبي. (٣) و كل ما يقدر الخ. و في لحية العبد روايتان في رواية الأصل يجب حكومة عدل و هو الصحيح لأن المقصود من العبد الخدمة لا الجمال و روى الحسن رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجب كمال القيمة لأن الجمال في حقه مقصود =>

من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحر إذ هو بدل الدم على ما قررناه و إن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية. قال و من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه و إلا اقتص منه و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا قصاص في ذلك و على القاطع أرش اليد و ما نقصه ذلك إلى أن يعتقه (١) و يبطل الفضل

من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد) يعني إذا وجب في الحر كل الدية يجب في العبد كل القيمة و كل شيء من الحر يجب فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة (لأن القيمة في العبد كالدية في الحر إذ هو بدل الدم على ما قررناه) أشار به إلى قوله و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى قوله تعالى ﴿و دية مسلمة إلى أهله﴾ أوجبها مطلقا و هي إسم للواجب بمقابلة الآدمية إلى آخر ما قال (و إن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا) فيما مضى (أن ضمان الغصب ضمان المالية) لأن الغصب يرد عليها من حيث أنها مال لا من حيث أنها آدمي فتعتبر المالية و يجب قيمتها بالغة ما بلغت. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك) أي مات العبد من ذلك القطع (فان كان له) أي للعبد (ورثة غير المولى فلا قصاص فيه) على القاطع (و إلا اقتص منه) أي و إن لم يكن له ورثة غير المولى اقتص من القاطع (و هذا) أي المذكور من الحكم (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا قصاص في ذلك و على القاطع أرش اليد و ما نقصه ذلك إلى أن أعتقه و يبطل الفضل) أي ما بقي من القيمة و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى إلا أن عندهم تجب قيمته بالغة ما بلغت للسيد و عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية يجب

=> أيضا زيلعي قال في البزازية و في العيون عن الامام رحمه الله تعالى في قطع أذنه أو أنفه أو حلق لحيته إذا لم تنبت قيمته تامة إن دفع العبد إليه و حكى القدوري في شعره و لحيته الحكومة قال القاضي الفتوى في قطع أذنه و أنفه و حلق لحيته إذا لم تنبت على لزوم نقصان قيمته كما قالا و الحاصل أن الجناية على العبد إن مستهلكة بأن كانت توجب في الحر كمال الدية ففيه كمال القيمة و إن غير مستهلكة بأن أوجبت فيه نصف الدية ففيه نصف قيمته الأول كقطع اليدين و أمثاله و قطع يد و رجل من جانب واحد و الثاني كقطع يد أو رجل أو قطع يد و رجل من خلاف و قطع الأذنين و حلق الحاجبين إذا لم ينبت في رواية من قبيل الأول و في أخرى من قبيل الثاني اهـ فتأمل شامي. (١) إلى أن يعتقه. ن. إلى أن أعتقه.

و إنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباه من له الحق لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى و على اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه و تعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى و فيه الكلام و اجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل و برقبته لآخر إذا قتل لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت فإذا اجتمعا زال الاشتباه و لمحمد رحمه الله تعالى في الخلافية و هو ما إذا

دية الحر اعتبارا بحالة الموت (و إنما لم يجب القصاص في الوجه الأول) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى (لاشتباه من له الحق) يعني المستوفي و جهالته تمنع القصاص (لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى و على اعتبار الحالة الثانية) و هي حالة الموت (يكون) أي الحق (للورثة فتحقق الاشتباه) أي إشتباه من له الحق (و تعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى و فيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى و قيل أي في وجوبه على وجه يستوفى و لا كلام في أصل الوجوب لأن الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات مقصوده سقط اعتباره و قيل أي في تعذر الاستيفاء و قيل أي في تحقق إشتباه من له القصاص و قال شيخي العلاءً و فصل شيخي رحمه الله تعالى بخطه الضمير في فيه أي تعذر الاستيفاء و كذا فصله شيخه بهاء الدين الخطابي رحمه الله تعالى (و اجتماعهما لا يزيل الاشتباه) هذا جواب عما يقال سلمناه أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما فأجاب بأن اجتماعهما أي اجتماع المولى و الورثة لا يزيل الاشتباه المذكور (لأن الملكين في الحالين) أي لأن ملك المولى للقصاص و ملك الورثة له ثابتان في الحالين المختلفين و هما حال الجرح و حال الموت فإن الملك للمولى ثابت وقت الجرح دون الموت و للورثة بالعكس و عند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يفيد الاجتماع (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل و برقبته لآخر إذا قتل لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت فإذا اجتمعا زال الاشتباه) حاصله أن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة و الموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لأن الرقبة فاتت لا إلى بدل فلا يملك إبطال حق عليه و لكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه (و لمحمد رحمه الله تعالى في الخلافية) أي في المسألة المتخلف فيها (و هو ما إذا

لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين و الورثة بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما إذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها و لأن الإعتاق قاطع للسراية و بانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية و السراية بلا قطع فيمتنع القصاص و لهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه و هذا لأن المقضى له معلوم و الحكم متحد فوجب القول بالإستيفاء بخلاف الفصل الأول لأن المقضى له مجهول و لا معتبر باختلاف السبب ههنا لأن الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة

لم يكن للعبد ورثة سوى المولي أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك) أى لأن سبب الولاية الملك (على اعتبار إحدى الحالتين) و هى حالة الجرح قبل العتق (والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى) أى الحالة الأخرى أراد بها حالة الموت بعد العتق (فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) أى فى الأمر الذى لا يثبت بالشبهات يعنى القصاص و نظر لذلك بقوله (كما إذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها) لأن فى التزويج يبالى باختلاف السبب و لا يبالى به فى الأموال كما لو أقر لرجل بألف من قرض و قال المقر له من ثمن مبيع فإنه يقضى بالألف و إن اختلف السبب لأن فى الأموال يجرى البذل و الاباحة فلا يبالى باختلاف السبب (و لأن الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر (و بانقطاعها) أى بانقطاع السراية (يبقى الجرح بلا سراية و السراية بلا قطع فيمتنع القصاص) كأنه تلف بآفة سماوية فإن قيل ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجيب بأنه لا يجب نظرا إلى حقيقة الجناية و هو القتل لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع (و لهما) أى و لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أنا تيقنا بثبوت الولاية) أى ثبوت ولاية استيفاء القصاص فى العمد (للمولى فيستوفيه) أى القصاص (و هذا لأن المقضى له) و هو المولى (معلوم) لأنه لا وارث للعبد غيره (و الحكم) و هو القصاص (متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الأول) و هو ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لأن المقضى له مجهول) لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى و لو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (و لا معتبر باختلاف السبب ههنا) أى فى الفصل الثانى و هو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى فى العمد (لأن الحكم) و هو استيفاء القصاص (لا يختلف) لأنه فى الحالين لواحد و هو المولى (بخلاف تلك المسألة) أراد

لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما و الإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق و ذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى و على اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه و ينفذ وصاياه فجاء الإشتباه أما العمد فموجبه القصاص و العبد مبقي على أصل الحرية فيه و على اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق و إذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رحمه الله تعالى يجب أرش اليد و ما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه و يبطل الفضل و عندهما الجواب في الفصل الأول كالجواب

بها المسألة التي قاس عليها محمد رحمه الله تعالى و هى ما إذا قال بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها (لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما) لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصودا و ملك اليمين قد لا يثبته و لو أثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف النسب (و الاعتاق لا يقطع السراية لذاته) هذا جواب عن قول محمد رحمه الله تعالى و لأن الاعتاق قاطع للسراية و معناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد و ذلك لأنه لا يقطع السراية لذاته) بل لاشتباه من له الحق و ذلك (١) في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى) لكونه قبل العتق (و على اعتبار حالة الموت يكون) أى الحق (للميت لحريته فيقضى منه ديونه و ينفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فموجبه القصاص و العبد مبقي على أصل الحرية فيه) أى في القصاص و لهذا لم يكن لمولاه أن يسفك دمه بلا حق (و على اعتبار أن يكون الحق له) أى للعبد (فالمولى هو الذى يتولاه إذ لا وارث له سواه) أى لأنه لا وارث للعبد سوى المولى (فلا اشتباه فيمن له الحق و إذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رحمه الله تعالى) أراد بالفصلين ما إذا كان للعبد ورثة غير المولى و ما إذا لم يكن له ورثة غيره (يجب أرش اليد و ما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الاعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه و يبطل الفضل) أى ما بقى من القيمة (و عندهما) أى عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (الجواب في الفصل الأول) و هو ما إذا كان للعبد وارث غير المولى (كالجواب

---

(١) و ذلك في الخطأ حتى أن من جرح عبد انسان خطأ ثم أعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة تنقطع السراية فلا يلزمه الدية و لا القيمة كفاية.

عند محمد رحمه الله تعالى فى الثانى. قال و من قال لعبديه أحدكما حر ثم شجّا فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل فى المعين و الشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة و لو قتلهما رجل تجب دية حر و قيمة عبد و الفرق أن البيان إنشاء من وجه و إظهار من وجه على ما عرف و بعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر إنشاء فى حقهما و بعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه إظهارا محضا و أحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد و دية حر بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين

عند محمد رحمه الله تعالى فى الثانى) أى فى الفصل الثانى و هو ما إذا لم يكن له وارث. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قال لعبديه أحدكما حر ثم شجّا فأوقع العتق على أحدهما) أى بين العتق المبهم بالتعيين فى أحدهما و إنما قال فأوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما فى حق الأرش معينا و إن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما فى بعض الصور كما فى الموت و القتل فإنه يتعين العتق فى الحى بالموت و القتل لخروج الميت عن محل إيقاع العتق عليه (فيجب أرشهما للمولى لأن العتق غير نازل فى المعين) لأنه أوقع العتق فى المنكر فلا يكون العتق نازلا فى المعين (و الشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة) فيكون أرشهما للمالك (و لو قتلهما رجل تجب (١) دية حر و قيمة عبد) لا قيمة عبدين و لا دية حرين (و الفرق) أى بين قتلهما و شجهما (أن البيان إنشاء من وجه) أى فى حق المحل (و إظهار من وجه على ما عرف) فى أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح و إظهار من وجه حتى يجبر عليه و لو كان إنشاء من كل وجه لما أجبر عليه إذ المرء لا يجبر على إنشاء العتق (و بعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر) أى البيان (إنشاء فى حقهما و بعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه) أى البيان (إظهارا محضا و أحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد و دية حر بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب (٢) قيمة المملوكين

---

(١)تجب دية حر و قيمة عبد هذا إذا كان القاتل واحدا و قتلهما معا و استوت قيمتهما أما إذا كان القاتل اثنين فيجيء بعده و أما إذا قتلهما الواحد على التعاقب فعليه قيمة الأول للمولى و دية الآخر لورثته لأن بقتل أحدهما تعين الآخر للعتق فتبين أنه قتله و هو حر و أما لو قتلهما معا كان عليه قيمته و دية حر إن استوت القيمتان و إن اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما و دية حر لأنا نتيقن أنه قتل عبدا و حرا و قتل الحر يوجب الدية و ليس أحدهما بأولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما و نصف دية كل واحد منهما و لأن البيان فات حين قتلا و عند فوت البيان يشيع العتق فيهما كفاية. (٢)حيث تجب قيمة المملوكين هذا إذا قتلهما معا و لا يدرى أيهما قتل أولاً أما إذا قتلهما رجلان فان كان قتلهما على التعاقب فعلى القاتل الأول قيمة الأول لمولاه و على =>

لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا و كل منهما ينكر ذلك و لأن القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول لأنه لا يفيد فائدة (١) و إنما صححناه ضرورة صحة التصرف و أثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة و هى فى النفس دون الأطراف فبقى مملوكا فى حقها. قال و من فقأ عينى عبد فإن شاء المولى دفع عبده و أخذ قيمته و إن شاء أمسكه و لا شيء له من النقصان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إن شاء أمسك العبد و أخذ ما نقصه و إن شاء دفع العبد و أخذ قيمته و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنه كل القيمة و يمسك الجثة

لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا و كل منهما ينكر ذلك) أى كل من القاتلين ينكر أنه قتل الحر (و لأن القياس) عطف على قوله أن البيان إنشاء من وجه يريد به الفرق ثانيا بين الشجة و القتل يعنى أن القياس (يأبى ثبوت العتق فى المجهول لأنه لا يفيد فائدته) أى فائدة العتق و هى أهلية الولاية للقضاء و الشهادة و ما هو كذلك فلا معتبر به فى الشرع (و إنما صححناه) أى العتق نازلا فى أحدهما (ضرورة صحة التصرف) أى تصرف العتق لئلا يلغو كلامه الذى امتاز عن سائر الحيوانات (و أثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم فى أحدهما بعينه فإذا كان ثبوت العتق فى المنكر ثابتا بالضرورة (فيتقدر بقدر الضرورة و هى) أى الضرورة (فى النفس) أى فى حق النفس (دون الأطراف) أى دون حق الأطراف لأن محل العتق هو النفس لا الأطراف و إنما يثبت العتق فى الأطراف تبعا للنفس لا مقصودا (فبقى) أى العبد (مملوكا فى حقها) أى فى حق الأطراف التى وقعت عليها الشجة على أصل القياس فكان أرشها للمولى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من فقأ عينى عبد فإن شاء المولى دفع عبده و أخذ قيمته و إن شاء أمسكه و لا شيء له من النقصان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إن شاء أمسك العبد و أخذ ما نقصه و إن شاء دفع العبد و أخذ قيمته (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنه كل القيمة) أى يضمن المالك الفاقئ كل القيمة (و يمسك الجثة)

=> القاتل الثانى ديته لورثته لأن العتق تعين و أما لو قتلاهما معا فعلى كل واحد منهما قيمة عبد لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه و العتق فى حق المعين كأنه غير نازل فكان كل واحد منهما مملوكا عينا و إنما نزل العتق فى المنكر و لا نتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر و إنما يجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به و هو القيمة كفاية. (١) فائدة. ن. فائدته.

لأنه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه و نحن نقول إن المالية قائمة في الذات و هي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه و إذا كانت معتبرة و قد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة و الضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر و رعاية للماثلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية و بخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك و في قطع

و به قال مالك و أحمد رحمهماالله تعالى (لأنه) أي لأن الشافعي رحمه الله تعالى (يجعل الضمان مقابلا بالفائت) و هو العينان (فبقي الباقي على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ (١) إحدى عينيه) فان المولى يأخذ نصف القيمة و الجثة له (و نحن نقول إن المالية قائمة في الذات و هي) أي المالية (معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه) أي لأن اعتبار المالية في جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف حاصل الكلام لا يقال إن اعتبار المالية مقصور على الذات فحسب بل (٢) المالية اعتبرت في الذات و الأطراف جميعا (و إذا كانت معتبرة) أي و إذا كانت المالية معتبرة في الأطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات و فواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات فكان إتلاف الأطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة (و قد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة) و ذلك يستدعي الضمان (و الضمان يتقدر بقيمة الكل) أي الذات و الأطراف فإذا كان كذلك (فوجب أن يتملك) أي الجاني (الجثة دفعا للضرر) لئلا يلزم إجتماع البدل و المبدل في ملك رجل واحد لأنه لا نظير له في الشرع (و رعاية للماثلة) أي و لأجل رعاية المماثلة في دفع الجثة للجاني (بخلاف ما إذا فقأ عيني حر) هذا جواب عما يقال من جهة الخصم لا تراعون في فقأ عيني حر و عيني مدبر ما قلتم في فقأ عيني عبد فأجاب بقوله بخلاف ما إذا فقأ عيني حر (لأنه ليس فيه معنى المالية) و ليس فيه إلا ضمان الجناية فلا يجتمع البدل و المبدل في ملك رجل واحد (و بخلاف عيني المدبر) إذا فقأهما ليس فيه تسليم الجثة (لأنه) أي لأن المدبر (لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك) لأنه ملك نفسه من وجه (و في قطع

---

(١) فقأ الخ. يقال فقأ عينه إذا قلعها و استخرجها شامي عن اتقاني. (٢) بل المالية الخ. بل اعتبار المالية في الأطراف أولى لأنها يسلك بها مسلك الأموال زيلعي.

إحدى اليدين و فقأ إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة و لهما أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الأموال فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه و ضمنه قيمته و إن شاء أمسك الثوب و ضمنه النقصان و له أن المالية و إن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه و فى الأطراف أيضا ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء و هذا من أحكام الآدمية لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء و لا يتملك الجثة و من أحكام الثانية أن ينقسم و يتملك الجثة

إحدى اليدين) هذا جواب قياس الشافعي المسألة المتنازع فيها على قطع إحدى يدى العبد و فقأ إحدى عينيه فقال القياس غير صحيح لأن فى قطع إحدى اليدين أى إحدى يدى العبد (و فقأ إحدى العينين) أى إحدى عينيه (لم يوجد فيه تفويت جنس المنفعة) لأن الفائت هو النصف و الباقى هو النصف و لما فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله تعالى شرع فى بيان استدلال أصحابنا رحمهم الله تعالى فيما اختلفوا فيه فقال (و لهما) أى و لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه) و هو قوله و قالا إن شاء أمسك العبد إلى آخره و بين الملازمة فيه بقوله (كما فى سائر الأموال فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه و ضمنه قيمته و إن شاء أمسك الثوب و ضمنه النقصان) أى نقصان الثوب بسبب التخريق (وله) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن المالية و إن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه و فى الأطراف أيضا) أى غير مهدة ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء و هذا) أى الدفع أو الفداء (من أحكام الآدمية لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها) أى فى الجناية (ثم من أحكام الأولى) أى من أحكام الآدمية (أن لا ينقسم على الأجزاء) أى أن لا يتوزع الضمان على الفائت و الباقى بل يكون كله بازاء الفائت لا غير كما فى فقأ عينى الحر (و لا يتملك الجثة) أى لا يتملك الفاقئ الجثة (و من أحكام الثانية) أى و من أحكام المالية (أن ينقسم) أى الضمان على الفائت و الباقى (و يتملك الجثة) أى يتملك الفاقئ الجثة كما فى تخريق الثوب و قال الأترازى فإن قلت كيف أراد صاحب الدراية بالأولى الآدمية و الآدمية مذكورة بعد المالية و كيف أراد بالثانية المالية و المالية مذكورة قبل الآدمية ثم قال قلت إنما فعل كذلك لأنه ذكر دليل الشافعي

فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم .

فصل فى جناية المدبر و أم الولد

قال و إذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته و من أرشها

رحمه الله تعالى أولاً و هو اعتبر معنى الآدمية ثم ذكر دليل أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هما اعتبر المالية فكأنه وقع الأولى و الثانية فى غير موضعهما و قال الكاكىّ و إنما قال الأولى اعتبارا بالابتداء لا بوضع الكتاب (فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) يعنى بالنظر إلى الآدمية ينبغى أن لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفائت لا غير و بالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك فى المال و فيما قالاه إلغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق و فيما قاله الشافعى رحمه الله تعالى إلغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما و قلنا إن شاء المولى دفع عبده و أخذ قيمته نظرا إلى المالية و إن شاء أمسكه و لا شىء نظرا إلى الآدمية والوسط العدل ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لأن فيه رعاية الجانبين و توفير الشبهين.

(فصل فى جناية المدبر و أم الولد)

أى هذا فصل فى بيان أحكام جناية المدبر و أم الولد و لما فرغ عن ذكر جناية الكامل فى المملوكية شرع فى ذكر جناية من هو ناقص فيها و قدم الأول لكماله. (قال) أى القدورىّ (و إذا جنى المدبر أو أم الولد جناية (١) ضمن المولى الأقل من قيمته (٢) و من أرشها) أى و من أرش الجناية و عند الشافعى رحمه الله تعالى المدبر كالمعتق فى الجناية فكانت الجناية فى رقبته و المولى يتخير بين أن يدفعه فيباع بالجناية و بين أن يفديه فلو أراد الفداء ففيه قولان أحدهما يفديه بأرش الجناية بالغا ما بلغ و هو رواية عن أحمد رحمه الله تعالى و الثانى يفديه بأقل من قيمته و من أرش الجناية و قال مالك رحمه الله تعالى فى المدبر لم يبع فى جناية فيستحقه المجنى عليه بقدر جنايته إن شاء السيد و إن شاء أفدى خدمته بقدر أرش الجناية و لو استوفى المجنى عليه من خدمته بقدر أرش جنايته

(١)جناية أى على النفس خطأ أو على ما دونها جوهرة فلوجنى على مال لزمه أن يسعى فى قيمة ذلك المال لمالكه بالغة ما بلغت و لا شىء على المولى ط عن المكى و أما جناية المكاتب فهى على نفسه دون سيده و دون العاقلة لأن أكسابه لنفسه فيحكم عليه بالأقل من قيمته و من أرش جنايته شامية عن غاية. (٢)من قيمته أى قيمة كل منهما بوصف التدبير و الاستيلاد يوم الجناية لا يوم المطالبة شامية و لا يوم التدبير و قيمة أم الولد ثلث قيمتها و المدبر ثلثاها جوهرة.

لما روى عن أبي عبيدة رضى الله تعالى عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه و لأنه صار مانعا عن تسليمه فى الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية و هو لا يعلم و إنما يجب الأقل من قيمته و من الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش و لا منع من المولي في أكثر من القيمة

رجع إلى سيده مدبرا و قال الكرخي رحمه الله تعالى فى مختصره و جناية المدبر على سيده فى ماله دون عاقلته حالة و لا يلزم المولي بجناية المدبر أكثر من قيمة واحدة مرة واحدة و إن كثرت الأروش و جاوزت إلى مائة ألف فيشترك من جنى عليه المدبر أولاً و آخرا فى القيمة سواء قربت المدة فيما بين الجنايات أو بعدت و سواء كانت الأروش على المولى لم تقبض منه أو كانت قبضت منه فيتضاربون بالحصص فى القيمة فيأخذ كل واحد منهم بقدر أرش جناية عليه (لما روى عن أبي عبيدة رضى الله تعالى عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه) هذا رواه (١) ابن أبي شيبةّ فى مصنفه حدثنا وكيع عن ابن أبى ذئب عن ابن لمحمد بن ابراهيم التيمى عن أبيه عن السلولى عن معاذ بن جبل رضى الله تعالى عنه عن أبى عبيدة بن الجراح رضى الله تعالى عنه قال جناية المدبر على مولاه و أخرج (٢) نحوه عن النخعى و الشعبى و عمر بن عبد العزيز و الحسن رحمهم الله تعالى و ذكر فى الجنايات أن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله تعالى عنه قضى بجناية المدبر على مولاه و ذلك بحضرة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم من غير خلاف و قد كان أبو عبيدة رضى الله تعالى عنه أمير الشام و قضاياه تظهر بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم فكان إجماعا و عند الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى فى جانية أم الولد ضمن المولى الأقل من قيمتها و من الأرش كمذهبنا لتعذر دفعها و بيعها بالاجماع (و لأنه) أى و لأن المولى (صار مانعا عن تسليمه) أى تسليم كل واحد من المدبر و أم الولد (فى الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء) لأن عند التدبير و الاستيلاد ما كان علم أنه يجنى (فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية و هو لا يعلم و إنما يجب الأقل من قيمته و من الأرش لأنه لا حق لولي الجناية فى أكثر من الأرش و لا منع من المولي في أكثر من القيمة) و قال القدورى رحمه الله تعالى فى التقريب

---

(١) رواه ابن أبي شيبةّ فى الديات (باب) جناية المدبر على من تكون ص ٢٦١ ج٩ قال العثمانيّ فى الاعلاء: و فى سنده ابن محمد بن ابراهيم التيمى اسمه موسى ضعفه الأئمة رحمهم الله تعالى كما يظهر من التهذيب إلا أن ما روى عن ابراهيم رحمه الله تعالى يدل على أن له أصلا اه. (٢) أخرج أى ابن أبي شيبةّ فى الباب المذكور آنفا لكن لم أجد فيه حديث الشعبى رحمه الله تعالى فلينظر.

و لا تخيير بين الأقل و الأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع و الفداء و جنايات المدبر و إن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة و لأن دفع القيمة كدفع العبد و ذلك لا يتكرر فهذا كذلك و يتضاربون بالحصص فيها و تعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق.

قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يضمن المولى قيمة المدبر بالجناية مدبرا و قال زفر رحمه الله تعالى يضمن قيمته عبدا و روى ابن أبي مالك رحمه الله تعالى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مثله (و لا تخيير بين الأقل و الأكثر) هذا جواب عما يقال ينبغي أن يخير المولى بين الأقل و الأكثر كما أنه يخير في الضمان بين الدفع و الفداء و القيمة في المدبر بمنزلة الدفع فقال لا تخيير بين الأقل و الأكثر (لأنه) أي لأن التخيير (لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة بخلاف القن) أي العبد القن يعني أن المولى يخير في جناية القن بين الدفع و الفداء و إن كان الأرش أكثر (لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع و الفداء) لأجل الرغبة في الأعيان (و جنايات المدبر و إن توالت) يعني و إن كثرت (لا توجب إلا قيمة واحدة) و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى هو كالقن و كذا في أم الولد عندنا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قوله القديم و قال في قوله الجديد هو كالقن و هو اختيار المزنيّ (لأنه لا منع منه) أي من المولى (إلا في رقبة واحدة) فلا يمنع منها (و لأن دفع القيمة كدفع العبد و ذلك) أي دفع العبد (لا يتكرر فهذا كذلك) أي فدفع القيمة كذلك لا يتكرر يعني أن المدبر كالقن في عدم التكرر فكأن الجنايات منه اجتمعت ثم دبره (و يتضاربون) أي أصحاب الجنايات يتنازعون (بالحصص فيها) أي في القيمة (و تعتبر قيمته) أي قيمة المدبر (لكل واحد) من أصحاب الجنايات (في حال الجناية عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق) و من صورته ما ذكره في المبسوط قال و إذا قتل المدبر رجلا خطأ و قيمته ألف درهم ثم ازدادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لأنه جنى على الثاني و قيمته ألفان و لو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته ألفين ثم الألف من هذين الألفين لولي القتيل الأوسط خاصة لأن ولي الأول إنما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه و هو ألف درهم فلا حق له في الألف الثاني فيسلم ذلك لولي القتيل الأوسط و خمسمائة من الألف الأولى بين ولي القتيل الأول

قال فإن جنى جناية أخرى و قد دفع المولى القيمة إلى ولى الأولى بقضاء فلا شيء عليه لأنه مجبور على الدفع. قال و إن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار إن شاء اتبع المولى و إن شاء اتبع ولى الجناية و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا شيء على المولى لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه و صار كما إذا دفع بالقضاء و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا و ولى الأولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير و هذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه و لهذا

و بين الأوسط لأنه لا حق فى هذه الخمسمائة لولى القتيل الثالث و إنما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط و الأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف و الأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف و الخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لأنه ما وصل إليه شيء من حقه و يضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به و كذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين و إنما يضرب بما بقى من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك. (قال) أى القدورىّ (فإن جنى جناية أخرى و قد دفع المولى القيمة إلى ولى الأولى بقضاء فلا شيء عليه) أى على المولى (لأنه مجبور على الدفع) فلم يبق عليه شيء. (قال) أى القدورىّ (و إن كان المولى دفع القيمة) إلى ولى الجناية الأولى (بغير قضاء فالولى بالخيار) أى ولى الجناية الثانية بالخيار (إن شاء اتبع المولى) بنصف قيمته فى ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (و إن شاء اتبع ولى الجناية) أى الجناية الأولى (و هذا) أى المذكور من الحكم (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا شيء على المولى) لأنه ليس بجان فى الدفع (لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه و صار كما إذا دفع بالقضاء) لأنه فعل عين ما يفعله القاضي فيكون القضاء و عدمه سواء كما فى الرجوع فى الهبة و أخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا و ولى الأولى ضامن بقبض حقه ظلما) أى ولى الجناية الأولى ضامن بقبض حق ولى الجناية الثانية ظلما و الرجوع على الجانى جائز (فيتخير) فى الرجوع و بين ذلك بقوله (و هذا لأن الثانية مقارنة) أى لأن الجناية الثانية مقارنة للجناية الأولى (حكما من وجه و لهذا) أى و لأجل مقارنة

يشارك ولي الجناية الأولى و متأخرة حكما من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين و إذا أعتق المولى المدبر و قد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع فصار وجود الإعتاق من بعد و عدمه بمنزلة و أم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير و إذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره و لا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق لأن موجب جناية الخطأ على سيده و إقراره به لا ينفذ على السيد و الله أعلم.

الجناية الثانية للجناية الأولى حكما من وجه (يشارك) أي ولي الجناية الثانية (ولي الجناية الأولى و متأخرة) أي الجناية الثانية متأخرة عن الجناية الأولى (حكما من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها) أي في حق الجناية الثانية (فجعلت) أي الثانية (كالمقارنة) للأولى (في حق التضمين لإبطاله) أي إبطال المولى (ما تعلق به من حق ولي الثانية) و ذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق و ذلك في حق أولياء الجنايتين سواء فجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا و هناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك هنا (عملا بالشبهين) يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع و قيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني و لم تجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة و التأخر (و إذا أعتق المولى المدبر و قد جنى جنايات) أي و الحال أن المدبر قد جنى جنايات متعددة (لم تلزمه) أي المولى (إلا قيمة واحدة لأن الضمان إنما وجب عليه) أي على المولى (بالمنع) بسبب التدبير (فصار وجود الإعتاق من بعد و عدمه بمنزلة) و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى اعتاق المدبر كاعتاق القن (و أم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لأن الإستيلاد مانع من الدفع كالتدبير) لأن المولى منع من تسليمها بالإستيلاد السابق من غير اختيار (و إذا أقر (١) المدبر بجناية (٢) الخطأ لم يجز إقراره و لا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق لأن موجب جناية الخطأ على سيده و إقراره به لا ينفذ على السيد) و لا نعلم فيه خلافا (والله اعلم).

---

(١) إذا أقر المدبر أو أم الولد زيلعي. (٢) بجناية الخطأ. قيد به لأنه إذا كانت الجناية موجبة للقود بأن أقر بالقتل عمدا حيث يصح إقراره فيقتل به لأنه إقرار على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة زيلعي.

باب غصب العبد و المدبر و الصبى و الجناية فى ذلك

قال و من قطع يد عبده ثم غصبه رجل و مات فى يده من القطع فعليه قيمته أقطع و إن كان المولى قطع يده فى يد الغاصب فمات من ذلك فى يد الغاصب لا شىء عليه و الفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع و لم يوجد القاطع فى الفصل الثانى فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف و أنه استولى عليه و هو استرداد

(باب غصب العبد و المدبر و الصبى و الجناية فى ذلك)

أى هذا باب فى بيان أحكام غصب العبد إلى آخره قوله فى ذلك أى فى العبد و المدبر و لما ذكر جناية العبد و المدبر ذكر فى هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لأن المفرد قبل المركب ثم جر كلامه إلى بيان غصب الصبى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قطع (١) يد عبده ثم غصبه رجل و مات فى يده من القطع فعليه قيمته (٢) أقطع) أى فعلى الغاصب قيمة العبد حال كونه مقطوع اليد (و إن كان المولى قطع يده) أى يد عبده (فى يد الغاصب فمات من ذلك) أى فمات العبد من ذلك القطع (فى يد الغاصب لا شىء عليه) أى على الغاصب (و الفرق) بين المسألتين (أن الغصب قاطع للسراية لأنه) أى لأن الغصب (سبب الملك) لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا إلى أول الغضب فلما كان الغصب من أسباب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية و السراية قاطعا للسراية (كالبيع) إذا تخلل (فيصير) أى العبد المغصوب (كأنه (٣) هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع) أى حال كونه مقطوع اليد (و لم يوجد القاطع فى الفصل الثانى) أى لم يوجد قاطع السراية فى المسألة الثانية (فكانت السراية مضافة إلى البداية) أى إلى أول الأمر (فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف) أى كيف لا يكون مستردا (و أنه استولى عليه) أى و الحال أن (٤) المولى استولى على العبد بالقطع (و هو استرداد) أى الإستيلاء

---

(١)من قطع يد عبده الخ. فلو القاطع أجنبيا فان شاء اقتص منه و إن شاء ضمن الغاصب قيمته مقطوعا و لو خطا فان شاء أخذ قيمته صحيحا من عاقلة القاطع و رجعت العاقلة على الغاصب بقيمته مقطوعا أو ضمن الغاصب قيمته مقطوعا و اتبع غيره فى الباقى شامى عن سائحانى عن مقدسى. (٢)فعليه قيمته أقطع لأنه لما قطعه المولى فى يده نقصت قيمته بالقطع زيلعى. (٣)كأنه هلك بآفة سماوية ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبده ثم باعه فمات فى يد المشترى مات من مال المشترى لأن قبض المشترى صار فاصلا بين القطع و الهلاك فكذا هذا شلبية عن غاية. (٤)و الحال أن المولى استولى الخ. ألا ترى أن المشترى لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضا كفاية.

فيبرأ الغاصب عن الضمان. قال و إذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله.

عليه استرداد فإذا كان كذلك (فيبرأ (١) الغاصب عن الضمان) و اعترض الإمام قاضي خان بأن هذا يخالف مذهبنا فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاء لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك و إنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع للثاني من جناياته إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية و إن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ الغاصب عنه إلا إذا ارتفع الغصب و لم يرتفع لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله و يد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة و حكما و يد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة و الثابت حكما دون الثابت حقيقة و حكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لأن الغصب يرتفع بها و قال الاكمل رحمه الله تعالى و فيه (٢) نظر لأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فإن يد المولى ثابتة عليه حكما و لا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما و اليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا محضا لا تصلح معارضا و لا مرجحا. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن) هذا إذا كان الغصب ظاهرا فيضمن في الحال يباع فيه لأن أفعال العبد معتبرة و لو كان الغصب ظهر بإقراره لا يجب إلا بالعتق كذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى و ذلك لأن الرق يوجب الحجر في الأقوال دون الأفعال و إن أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه في الحال لأنه مبقى في ذلك على أصل الحرية (لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله) أي في (٣) حال رقه أما الأقوال فمؤاخذ بها بعد العتق فكان ذكر المحجورا احترازا عن المأذون فإنه يؤاخذ

---

(١) فيبرأ الغاصب عن الضمان لوصول ملك المولى إلى يده زيلعي. (٢) و فيه نظر الخ. أقول نظره ساقط إذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما أن يترتب على تلك اليد حكم من الأحكام و قد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع و أما سند منعه فليس بتام أيضا إذ لا محذور في أن يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين و ههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذى صدر منه في يده و ثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان كذا في الأفكار. (٣)أي في حال رقه حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه شامية عن درر.

قال و من غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه و لم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها و تكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب. قال و يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب. قال و يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يرجع بنصف قيمته فيسلم له

بالأقوال أيضا عندنا. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من غصب مدبرا فجنى عنده جناية) أي فجنى المدبر عند الغاصب جناية (ثم رده) أي رد الغاصب المدبر (على المولى فجنى عنده) أي فجنى المدبر عند المولى (جناية أخرى فعلى المولى (١) قيمته بينهما) أي بين وليي الجنايتين (نصفان لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء) لعدم علمه وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل (فيصير) أي المولى (مبطلا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه) أي في الدفع (و لم يمنع) أي المولى (إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها) أي قيمة الرقبة (و تكون) أي القيمة (بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب) أي في المستحق من الجناية. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى (و يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أي بسبب كان في يد الغاصب كما إذا غصب عبدا فجنى في يده فرده إلى المولى فجنى جناية فدفع إلى وليي الجناية كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى (و يدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع إلى ولي الجناية (على الغاصب و هذا) أي الدفع الثاني و الرجوع الثاني (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يرجع) أي المولى على الغاصب (بنصف قيمته فيسلم له) أي للمولى أي لا يدفعه إلى

---

(١) فعلى المولى قيمته الخ. و ينبغي أن يكون وجوب القيمة فيما إذا كانت أقل من الأرش لأن حكم جناية المدبر أن يلزم الأقل منهما على المولى شامي عن اتقاني.

لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدى إلى اجتماع البدل و المبدل فى ملك رجل واحد و كيلا يتكرر الاستحقاق و لهما أن حق الأول فى جميع القيمة لأنه حين جنى فى حقه لا يزاحمه أحد و انما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فإذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب. قال و إن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان و يرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا فى الفصل الأول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذا كانت هي في

ولى الجناية الأولى و هو قياس قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الأولى فلا يدفعه إليه) أى إلى ولى الجناية الأولى (كيلا يؤدى (١) إلى اجتماع البدل و المبدل فى ملك رجل واحد و كيلا يتكرر الاستحقاق) أى استحقاق ولى الجناية الأولى على المولى (و لهما) أى و لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن حق الأول فى جميع القيمة لأنه حين جنى فى حقه لا يزاحمه أحد و إنما انتقص) أى حقه (باعتبار مزاحمة الثانى فإذا وجد) أى ولى الجناية الأولى (شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا (٢)) من مزاحمة ولى الجناية الثانية (يأخذه ليتم حقه) لأنه تقدم على المولى (فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده) أى من يد المولى (بسبب كان فى يد الغاصب) فلهذا رجع عليه ثانيا. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى (و إن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان و يرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا فى الفصل الأول) أى فيما إذا جنى المدبر فى يد الغاصب ثم فى يد المولى (غير أن استحقاق النصف) ذكر هذا الاستثناء لبيان الفرق بين المسألة الأولى و الثانية عندهما حيث لا يرجع عندهما أيضا بيانه أن استحقاق النصف الذى أخذ المولى من الغاصب (حصل بالجناية الثانية إذا كانت هي في

---

(١) كيلا يؤدى إلى اجتماع البدل و المبدل الخ. وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان إن ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع إلى ولى الجناية الأولى من العبد فيما بين المولى و الغاصب و أما فى حق ولى الجناية الأولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت و يكون الشيء الواحد بدلا عن عين فى حق انسان و يكون بدلا عن شيء آخر فى حق غيره كالنصرانى إذا باع الخمر و قضى منه دين المسلم يجوز و يكون المأخوذ بدل الخمر فى حق النصرانى و فى حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اه كذا فى الأفكار عن الغاية و نحوه فى الكفاية و التبيين. (٢) فارغا عن الحق زيلعي.

يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى و لا يرجع به على الغاصب و هذا بالاجماع ثم وضع المسألة في العبد فقال و من غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول و يرجع به على الغاصب و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يرجع بنصف القيمة فيسلم له و إن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين و يرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول و لا يرجع به و الجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد و في الأول يدفع القيمة. قال و من غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما

يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى و لا يرجع به على الغاصب و هذا بالإجماع) أي عدم رجوع المولى على الغاصب ثانيا في المسألة الثانية بالاجماع بخلاف المسألة الأولى فإن ثمة كان يرجع المولى عليه عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى مرة ثانية وذكر القدوري رحمه الله تعالى في كتاب التقريب قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وحده و قول زفر و أبي يوسف رحمهما الله تعالى مع محمد رحمه الله تعالى (ثم وضع المسألة في العبد) أي وضع محمد رحمه الله تعالى هذه المسئلة في الجامع الصغير في العبد فقال القن بعد ما وضعها في المدبر (فقال) أي محمد رحمه الله تعالى (و من غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول و يرجع به على الغاصب و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يرجع بنصف القيمة فيسلم له و إن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين و يرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول و لا يرجع به و الجواب في العبد) أي في العبد القن (كالجواب في المدبر) أي في العبد المدبر (في جميع ما ذكرنا) من الاختلاف و الاتفاق (إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد و في الأول) أي في المدبر (يدفع القيمة) لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك و في العبد يدفع نفس العبد لعدم المانع. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى (و من غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما

نصفان لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لأن الجنايتين كانتا فى يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول لأنه استحق كل القيمة لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره و إنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد. قال و يرجع به على الغاصب لأن الاستحقاق بسبب كان فى يده و يسلم له و لا يدفعه إلى ولى الجناية الأولى و لا إلى ولى الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا فى النصف لسبق حق الأول و قد وصل ذلك إليه ثم قيل هذه المسألة على الإختلاف كالأولى و قيل على الإتفاق و الفرق لمحمد رحمه الله تعالى أن فى الأولى الذى يرجع به

نصفان لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لأن الجنايتين كانتا فى يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول) أى يدفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا إلى ولى الجناية الأولى (لأنه) أى الأول (استحق كل القيمة لأن عند وجود الجناية عليه) أى على الأول (لا حق لغيره و إنما انتقص بحكم المزاحمة) أى انتقص حق الأول بحكم مزاحمة الثانى (من بعد) أى بعد ذلك. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى (و يرجع به) أى بالنصف الذى دفعه ثانيا إلى ولى الجناية الأولى (على الغاصب لأن الاستحقاق) أى استحقاق الأول هذا النصف ثانيا (بسبب كان فى يده) أى يد الغاصب (و يسلم له) أى يسلم النصف للمولى (و لا يدفعه إلى ولى الجناية الأولى و لا إلى ولى الجناية الثانية لأنه لا حق له) أى لولى الجناية الثانية (إلا فى النصف لسبق حق الأول و قد وصل ذلك إليه) أى وصل النصف إلي ولى الجناية الثانية (ثم قيل هذه المسألة على الإختلاف كالأولى) يعنى قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى يتحقق فى هذه المسألة خلاف محمد رحمه الله تعالى أيضا كما فى المسألة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب و لا يأخذ ولى الجناية الأولى باقى حقه (و قيل على الإتفاق) يعنى لا خلاف لمحمد رحمه الله تعالى فى هذه المسألة بل يأخذ ولى الجناية الأولى تمام حقه و هو نصف القيمة من الولى إذا رجع على الغاصب و هذا هو الصحيح لأن محمدا رحمه الله تعالى ذكر هذه المسألة فى الجامع الصغير بلا خلاف و كذا قرر هذه المسئلة فخر الإسلام و غيره فى شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله تعالى إلى الفرق بين هاتين المسألتين أشار إليه المصنف رحمه الله تعالى بقوله (و الفرق لمحمد رحمه الله تعالى أن فى الأولى) و هى ما إذا كانت الجناية الأولى عند الغاصب و الثانية عند المالك (الذى يرجع به) أى المولى

عوض عما سلم لولي الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع إليه ثانيا يتكرر الاستحقاق فأما (١) في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه. قال و من غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء و إن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية و هذا استحسان و القياس أن لا يضمن في الوجهين و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لأن الغصب في الحر لا يتحقق ألا يرى أنه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر يدا فإذا كان الصغير حرا رقبة و يدا أولى وجه الإستحسان أنه لا يضمن بالغصب و لكن يضمن بالاتلاف و هذا إتلاف تسببا لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق

(عوض عما سلم لولي الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع إليه ثانيا يتكرر الإستحقاق) لأن هذا بدل ما دفع إليه و بدل الشيء يقوم مقامه فلو استحق البدل بعد ما استحق المبدل يتكرر الإستحقاق (أما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) أي إلى تكرار الاستحقاق قال الاكمل قوله فأما في هذه المسألة فيمكن الخ فيه نظر فان الجناية الثانية و إن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة و لم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من غصب صبيا (٢) حرا) أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة و هو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته (فمات في يده فجأة (٣) أو بحمى فليس عليه شيء و إن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية و هذا استحسان و القياس أن لا يضمن في الوجهين و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لأن الغصب في الحر لا يتحقق ألا يرى أنه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة و يدا أولى) بأن لا يضمن (وجه الإستحسان أنه لا يضمن بالغصب و لكن يضمن بالاتلاف و هذا إتلاف تسببا) أي من حيث التسبيب (لأنه نقله) أي لأن الغاصب نقل الصبي الحر (إلى أرض مسبعة) أي إلى أرض يأوي إليها السباع (أو إلى مكان الصواعق) أي

---

(١) فأما. ن. أما. (٢) صبيا حرا سواء كان يعبر عن نفسه أو لا رافعي عن سندي عن سمرقندي. (٣) فجأة بالضم و المد أو بالفتح و سكون الجيم بلا مد شامي عن قهستاني أي بغتة من غير توقع و لا معرفة مغرب.

و هذا لأن الصواعق و الحيات و السباع لا تكون في كل مكان فإذا نقله إليه فهو متعد فيه و قد أزال حفظ الولي فيضاف إليه لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه

أو نقله إلى مكان ينزل فيه الصواعق عادة و هو جمع صاعقة (١) معروف (و هذا) أي كونه إتلافا (لأن الصواعق و الحيات و السباع لا تكون في مكان فاذا نقله إليه) أي إلى موضع تكون فيه الأشياء المذكورة (و هو متعد فيه) أي و الحال أن الغاصب الناقل متعد في نقله (و قد أزال (٢) حفظ الولي) الواو فيه أيضا للحال و قوله (فيضاف إليه) جواب الشرط أي يضاف الاتلاف إلى الغاصب الناقل (لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتي لو نقله إلى موضع (٣) يغلب فيه

---

(١) صاعقة و هي نار تسقط من السماء أو كل عذاب مهلك كما في القاموس فيشمل الحر الشديد و البرد الشديد و الغرق في الماء و التردي من مكان عال كما في الخانية و غيرها قهستاني شامي. (٢) و قد أزال حفظ الولي. أشار به إلى الجواب عن المكاتب الصغير فان الكتابة إذا صحت تثبت للمكاتب يد فيكون في يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا بخلاف الصغير الحر فانه في يد الولي ألا ترى أن المكاتب الصغير لا يزوجه أحد و الصغير الحر يزوجه وليه فعرفنا أن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير و فيه لا يضمن فكذا هنا و أما حكم الحر الكبير فانه إذا غصبه انسان و نقله إلى مكان فأصابه شيء من هذه العوارض ينظر إن قيده الغاصب حتى أصابه و لم يمكن التحرز عنه يضمن لأن المغصوب حجر عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب و إن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافا إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن كالماشي إذا علم بالبئر و مشى كذلك حتى وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئا بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه عن أسباب التلف كالماشي على البئر إذا لم يعلم بالبئر خوارزمي عن محبوبي و في حاشية أبي السعود استشكل هذا المقدسي بقولهم لو كتف شخصا و قيده و ألقاه فأكله السبع لا قصاص و لا دية و لكن يعزر و يحبس حتى يموت و عن الامام رحمه الله تعالى أن عليه الدية و لو قمط صبيا و ألقاه في الشمس أو البرد حتى مات فعلى عاقلته الدية كذا في الحافظية فليتأمل و لعل القول بالضمان في الحر الكبير المقيد على تلك الرواية اه و مثله في حاشية الرملي و أصل الاستشكال لصاحب المعراج حيث قال و يشكل على هذا ما لو حبس انسانا فمات منه من الجوع لا يضمن مع أنه عجز عن حفظ نفسه بما صنع حابسه اه أقول قد علمت أن مسئلة الصبي على استحسان و ألحقوا به الكبير فهو استحسان أيضا و ما أورد عليه مفرع على القياس و الاستحسان راجع عليه و تلك الرواية موافقة للاستحسان فقد يدعى ترجيحها بذلك و أما لو حبسه فمات جوعا فعدم ضمانه قول الامام رحمه الله تعالى و قدمنا أول الجنايات أن عليه الفتوى و أن الفرق هو أن الجوع و العطش من لوازم الانسان فلا يضاف للجاني بخلاف هذه الأفعال فلا تشكل على مسئلتنا و أنت على علم بأن العمل على ما في المتون و الشروح فاغتنم هذا التحرير شامية. (٣) إلى موضع يغلب فيه الحمى و الأمراض بأن كان المكان مخصوصا بذلك فيضمن لا بسبب =>

الحمى و الأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببيا. قال و إذا أودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية و إن أودع طعاما فأكله لم يضمن و هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف و الشافعي رحمهماالله تعالى يضمن في الوجهين جميعا و على هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهكله لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و يؤاخذ به بعد العتق و عند أبي يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى يؤاخذ به في الحال و على هذا الخلاف الإقراض و الإعارة في العبد و الصبي

الحمى و الأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببيا) أي من حيث التسبيب. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا أودع صبي عبدا فقتله (١)) أي فقتل الصبي العبد المودع (فعلى عاقلته الدية) أي على عاقلة الصبي الدية قيل المراد القيمة و بها صرح فخر الإسلامٌ و الصدر الشهيدٌ و آثر لفظ الدية لأنها بازاء الآدمية و القيمة بازاء المالية و الواجب في العبد بازاء الآدمية عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و إن أودع) أي الصبي (طعاما فأكله لم يضمن و هذا) أي هذا التفصيل (عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى يضمن في الوجهين جميعا) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و في شرح الطحاوي و من أودع عند صبي مالاً فهلك في يده فلا ضمان عليه بالإجماع و إن استهلكه الصبي ينظر إن كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن الصبي بالإجماع و إن كان محجورا عليه و لكنه قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع و إن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لا في الحال و لا بعد الادراك و قال أبو يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى يضمن في الحال و أجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال (و على هذا) أي على هذا الاختلاف (إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و يؤاخذ به بعد العتق و عند أبي يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى يؤاخذ به في الحال و على هذا الخلاف الإقراض و الاعارة في العبد و الصبي) يعني إذا أقرض العبد أو الصبي أو أعار أحدهما شيئا فاستهلكه

=> العدوى لأن القول به باطل بل لأن الهواء بخلق الله تعالى مؤثر في بني آدم و غيره كالغذاء شامية. (١)فقتله الخ. أما لو جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي بالاجماع شامي عن اتقاني.

• و قال محمد رحمه الله تعالى فى أصل الجامع الصغير صبى قد عقل و فى الجامع الكبير وضع المسألة فى صبى ابن اثنتى عشرة سنة و هذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر و فعله معتبر لهما أنه أتلف مالاً متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبدا و كما إذا أتلفه غير الصبى فى يد الصبى المودع و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى أنه أتلف مالاً غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بإذنه و رضاه و هذا لأن العصمة تثبت حقا له و قد فوتها على نفسه حيث وضع المال فى يد مانعة

لا يضمن عندهما خلافا لأبى يوسف رحمه الله تعالى و المراد من العبد و الصبى العبد المحجور و الصبى المحجور و قال فخر الاسلام الاختلاف فى الايداع و الاعارة و القرض و البيع و كل وجه من وجوه التسليم إليه واحد (و قال محمد رحمه الله تعالى فى أصل الجامع الصغير صبى قد عقل و فى الجامع الكبير وضع المسألة فى صبى ابن اثنتى عشرة سنة و هذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) ساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكر فى جامعه هكذا و أما فى غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام أبى اليسر و قاضى خان و التمرتاشى رحمهم الله تعالى فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما إذا كان الصبى عاقلا و إن لم يكن عاقلا فلا يضمن (١) فى قولهم جميعا (لأن التسليط غير معتبر و فعله معتبر) أى لأن تسليط المودع غير معتبر و فعل الصبى الغير العاقل معتبر فيؤاخذ به (لهما) أى لأبى يوسف و الشافعى رحمهما الله تعالى (أنه أتلف مالاً متقوما معصوما حقا لمالكه) قوله حقا متعلق بقوله معصوما أى معصوما لأجل حق مالكه بغير إذنه (فيجب عليه الضمان كما إذا كانت (٢) الوديعة عبدا) فأتلفه يجب عليه الضمان بالاتفاق (و كما إذا أتلفه غير الصبى فى يد الصبى المودع) فيجب (٣) الضمان على المتلف فعلم أن المال معصوم فى يد الصبى (و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى أنه أتلف مالاً غير معصوم) لأنه سلطه على الإتلاف (فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بإذنه و رضاه و هذا) أى كونه غير معصوم (لأن العصمة تثبت حقا له) أى للمالك (و قد فوتها على نفسه حيث وضع المال فى يد مانعة) أى

---

(١)فلا يضمن فى قولهم جميعا قال ط فتحصل أنهما طريقتان لأهل المذهب اه شامى. (٢)كما إذا كانت الوديعة عبدا فجنى عليه فى النفس أو فيما دونها أمر مولاه بالدفع أو الفداء إجماعا شامى عن اتقانى. (٣)فيجب الضمان على المتلف و لو كان التسليط على الاستهلاك ثابتا فى حق الصبى المودع لثبت فى حق غيره أيضا لأن المال الذى سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه و معنى التسليط تحويل يده فى المال إليه عناية.

فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ و لا إقامة ههنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي و لا للصبي على نفسه بخلاف البالغ و المأذون له لأن لهما ولاية على أنفسهما و بخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحقه إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم و بخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره. قال و إن استهلك مالاً

من الايداع و الاعارة و من فعل ذلك (فلا يبقى مستحقا للنظر) لأنه أوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره (إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ و لا إقامة ههنا لأنه لا ولاية له على الصبي و لا للصبي على نفسه) فكان تضييعا من جهته (بخلاف البالغ و المأذون له) أي العبد المأذون له في التجارة (لأن لهما ولاية على أنفسهما) فصح الايداع عندهما فيضمنان بالاجماع (و بخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحقه) أي لأن عصمة العبد لحق العبد (إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم) لا باعتبار أن المالك يعصمه لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط و ليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الأموال فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط (و بخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي) يعني إذا أتلف الوديعة غير الصبي المودع حال كونه في يد الصبي حيث يضمنها و تذكير الوديعة باعتبار المودع (لأنه سقطت العصمة) أي عصمة الوديعة (بالاضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال) المودع فحسب و لا يسقط في حق غيره و هو معنى قوله (دون غيره) حاصله أن المالك بالايداع عند الصبي إنما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره و ماله معصوم في حق غيره كما كان فصار مال الوديعة عند الصبي بمنزلة من وجب عليه القصاص في حق دمه فانه غير معصوم الدم في حق من له القصاص و معصوم في حق غيره كما كان (١). (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن استهلك مالاً

---

(١) كما كان. فان قيل لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف يضمن الأب مال الوديعة بتسليمه إلى ابنه الصغير ليحفظها لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير و المودع يضمن بالتضييع و مع ذلك لا يضمن ههنا فعرفنا أنه ليس بتسليط على الاتلاف و كذا الأب إذا دفع الصبي إليه لا يضمن إذا تلف في يده و لو كان تضييعا لذلك بالتسليط يضمن قلنا إنما يضمن الأب فيهما لأن يد من في عيال المودع إذا كان أهلا لحفظ الوديعة كيد المودع ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله فكذلك يحفظ مال غيره بيده فكانت يد الصبي كيد الأب من هذا الوجه و تمامه في الكفاية.

ضمن يريد به من غير إيداع لأن الصبى يؤاخذ بأفعاله و صحة القصد لا معتبر بها فى حقوق العباد و الله أعلم بالصواب.

باب القسامة

ضمن) أى و إن استهلك الصبى مالاً لرجل ضمن و هذا فى غيرالوديعة و هو معنى قوله (يريد به من غير إيداع) أى يريد محمد رحمه الله تعالى بقوله ضمن فى غير الوديعة و فيه إتفاق و فى الوديعة إذا استهلكها خلاف سبق آنفا (لأن الصبى يؤاخذ بأفعاله) فإن قلت رفع القلم عن الصبى بالحديث فكيف وجب عليه الضمان قلت رفع القلم يدل على رفع الاثم و لا يلزم من رفع الاثم نفى الضمان كما فى النائم إذا انقلب على شيء فأتلفه (و صحة القصد لا معتبر بها فى حقوق العباد) هذا كأنه جواب عما يقال إن الصبى ليس له قصد صحيح فكان ينبغى أن لا يضمن فقال لا إعتبار لصحة القصد فى حقوق العباد ألا ترى أن البالغ أيضا إذا استهلك مالاً لانسان فيضمن سواء كان له قصد صحيح فى ذلك أو لم يكن فعلى أىّ وجه كان يلزمه (١) الضمان (و الله أعلم بالصواب).

(باب (٢) القسامة)

أى هذا باب فى بيان أحكام القسامة و قال الكاكىّ القسامة (٣) لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الاقسام قلت هو اسم وضع موضع الاقسام و فى الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو (٤) دار وجد فيها قتيل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته و لا علمت له قاتلا و قيل القسامة الأيمان المتكررة فى دعوى القتل على أهل المحلة أو دار أو موضع قريب و قيل أهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون سموا باسم المصدر كما يقال رجل عدل و أىّ الأمرين كان

---

(١) يلزمه الضمان. (تتمة) صبى سقط من سطح أو فى ماء فمات فلو كان ممن يحفظ نفسه لا شيء على الأبوين و إلا فعليهما الكفارة لو فى حجرهما و على أحدهما لو فى حجره كذا عن نصيرٌ و عن أبى القاسمٌ لا شيء عليهما الا التوبة و الاستغفار و اختيار أبى الليثٌ أنه لا كفارة على أحدهما إلا أن يسقط من يده و عليه الفتوى ظهيرية شامية.
(٢)باب القسامة. لما كان أمر القتيل فى بعض الأحوال يؤول إلى القسامة ذكرها فى آخر الديات فى باب على حدة عناية. (٣)القسامة لغة الخ. قال العلامة نوحٌ اختلف أهل اللغة فى القسامة قال بعضهم إنها مصدر و اختاره ابن الأثيرٌ فى نهايته حيث قال القسامة بالفتح اليمين كالقسم ثم قال و قد أقسم قسما و قسامة إذا حلف و قال بعضهم إنها اسم مصدر و اختاره المطرزىّ فى المغرب حيث قال القسم اليمين يقال أقسم بالله إقساما و قولهم حكم القاضى بالقسامة اسم منه وضع موضع الاقسام و اختار العينىّ فى شرح الكنز الأول واختار منلا مسكينٌ الثانى اه ط شامى. (٤)أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه قاضى زادهٌ.

قال و إذا وجد القتيل فى محلة و لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه و لا علمنا له قاتلا

فهو من القسم الذى هو الحلف و سببها وجود القتيل في المحلة أو فى (١) معناها و ركنها قولهم بالله ما قتلناه و ما علمنا له قاتلا و شرطها (٢) أن يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا و النساء لا يدخلن فى القسامة عند أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى إلا عند مالك رحمه الله تعالى فانه قال لهن مدخل فى قسامة الخطأ دون العمد و حكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف سواء كانت الدعوى فى القتل الخطأ أو العمد عند أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و قال مالك و الشافعى فى القديم و أحمد رحمهم الله تعالى إن كانت الدعوى فى القتل العمد و حلفوا الأولياء قبل يمين أهل المحلة يستحقون القود و محاسنها و الحكمة فيها تعظيم الدماء و صيانتها عن الاهدار و خلاص المتهم بالقتل عن القصاص و دليل شرعيتها الأحاديث الصحيحة على ما يجىء إن شاء الله تعالى.

(قال) أى القدورى (و إذا وجد القتيل فى محلة و لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولى بالله ما قتلناه و لا علمنا له قاتلا) بشرط أن يكون فى القتيل أثر القتل من جراحة أو ضرب أو خنق أو نحوه أما إذا وجد ميتا لا أثر فيه فلا قسامة و لا دية و هذا ميت و قوله فى محلة ليس بقيد لأن الحكم كذلك لو وجد فى دار رجل و قوله لا يعلم من قتله لأنه إذا علم القاتل فلا قسامة و الحكم يتعلق به و قوله استحلف خمسون رجلا قال الكرخى ليس فيهم عبد و لا صبى لم يبلغ و لا امرأة قوله منهم أى من أهل المحلة و قال الكرخى و إن كان أهل المحلة فيهم الفاسق و الصالح فالخيار فى استحلافهم إلى الورثة يختارون أهل الصلاح إن أحبوا حتى يستحلفوهم فإن كان أهل الصلاح لا يتمون خمسين و أرادوا أن يردوا عليهم الأيمان فليس لهم ذلك و لهم أن يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلا و ذكر ابن الجلاب المالكى فى كتابه التفريع و الأيمان فى القسامة مغلظة بخلافها فى سائر الحقوق و يحلف الحالف فيها فى المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه و يجلب إلى مكة و المدينة و بيت المقدس من وجبت عليه قسامة من أهلها و لا يجلب إلى غيرها إلا المكان القريب و قوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجمع و أما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت و لا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل

(١) أو فى معناها مما هو فى ملك لأحد أو فى يد أحد شامى. (٢) و شرطها الخ. و من شروطها أيضا كون العدد (أى عدد اليمين) خمسين و تكرار اليمين إن لم يتم العدد و كونها بعد الدعوى و الانكار و بعد طلبها إذ لا تجب اليمين بدون ذلك و كون الميت من بنى آدم و وجود أثر القتل فيه و أن لا يعلم قاتله شامية.

وقال الشافعي رحمه الله تعالى إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا و يقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ و قال مالك رحمه الله تعالى يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد و هو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى و اللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو

بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا) قبل يمين أهل المحلة (و يقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ) و قال الكاكيّ هو قوله الجديد و قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في القديم إذا استحلف الاولياء و حلفوا استحقوا القود في دعوى العمد على المدعى عليه جماعة كان أو واحدا و شرطه اللوث عندهم و عند عدم اللوث كسائر الدعاوى و قال الغزاليّ في وجيزه و كيفية القسامة أن يحلف المدعي خمسين يمينا متوالية في مجلس واحد بعد التحذير و التغليظ فلو كان في مجلسين فوجهان و قال ابن الجلاب المالكيّ و يبدأ في القسامة بالمدعين دون المدعى عليه فيحلفون خمسين يمينا و يستحقون القود نفسا منهم و إذا كان ولاة الدم أكثر من خمسين رجلا ففيه روايتان إحداهما يقتصر على خمسين منهم فيحلفون خمسين يمينا و الأخرى أنهم يحلفون كلهم و إن زادت عدة الأيمان على خمسين و إذا نكل المدعون للدم عن القسامة و ردت الأيمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا فإن طال حبسهم تركوا كل و احد منهم جلد مائة و حبس سنة انتهى و قال الخرقيّ من أصحاب أحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى في مختصره إذا و جد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم و لم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين و لا غيرها فان كان بينهم عداوة و لوث فادعى أولياؤه على واحد حلف الأولياء على قاتله خمسين يمينا و استحقوا دمه إذا كانت الدعوى عمداً فإن لم يحلف الأولياء حلف المدعى عليه خمسين يمينا و برئ فان لم يحلف المدعون و لم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال و إذا شهدت البينة العادلة أن المجروح قال دمي عند فلان فليس ذلك بموجب للقسامة ما لم يكن لوث (و قال مالك رحمه الله تعالى يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد و هو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى) و قد ذكرنا أن هذا هو القول القديم للشافعي رحمه الله تعالى (و اللوث عندهما) أي عند الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى (أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو

شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه و إن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فإن حلفوا لا دية عليهم

شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه و إن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه) أي مذهب الشافعي رحمه الله تعالى (مثل مذهبنا غير أنه لايكرر اليمين بل يردها على الولي فإن حلفوا لا دية عليهم) نتكلم أولاً في اللوث ثم نحرر مذهب الثلاثة رحمهم الله تعالى فاللوث (١) من لوث الماء كدره ولوث ثيابه بالطين أي لطخها فتلوث و منه قولهم بينهم لوث و عداوة أي شر أو طلب بحقد و المراد به عندهم قرينة ظاهرة توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه من أثر الدم على ثيابه و غيره كما ذكر في المتن و قال الغزاليّ في وجيزه و اللوث قرينة حال تغلب الظن كقتيل في محلة بينهم عداوة أو قتيل دخل صفا و تفرق عنه جماعة محصورون أو قتيل في صف الخصم المقابل أو قتيل في الصحراء و على رأسه رجل معه سكين و قول المجروح قتلني فلان ليس بلوث و قول واحد ممن تقبل شهادته لوث و قول جمع ممن تقبل روايتهم لوث و القياس أن قول واحد منهم لوث و أما عدد من الصبية و الفسقة ففيهم خلاف انتهى و قال (٢) ابن الجلاب المالكيّ و اللوث شيئان الشاهد العدل و قول المجروح دمي عند فلان و في الثالث مذهبان يعني الذى يرى معه سيفه و شهادة الواحد لوث توجب القسامة و

(١)فاللوث الخ. كذا في المغرب. (٢)قال ابن الجلاب المالكيّ الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ (ص٧ ج١٠) اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله تعالى في اللوث المشترط في القسامة فروى عنه أن اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول و المدعى عليه كنحو ما بين الأنصار و يهود خيبر و ما بين القبائل و الأحياء و أهل القرى الذين بينهم الدماء و الحروب و ما بين أهل العدل و ما بين الشرطة و اللصوص و الرواية الثانية أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعي و ذلك من وجوه أحدها العداوة المذكورة و الثاني أن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثا في حق كل واحد منهم فان ادعى الولي على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضيّ و هو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و الثالث أن يزدحم الناس في مضيق فيوجد فيهم قتيل فظاهر كلام احمد رحمه الله تعالى أن هذا ليس بلوث فانه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة فديته في بيت المال و هذا قول اسحاقّ و روى ذلك عن عمر و علي رضى الله تعالى عنهما و قال الحسن و الزهري رحمهما الله تعالى فيمن مات في الزحام ديته على من حضر و قال مالك رحمه الله تعالى دمه هدر و الرابع أن يوجد قتيل لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم و لا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله و الخامس أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من إحداهما فاللوث على الأخرى ذكره القاضيّ فان كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضا فاللوث على طائفة القتيل هذا قول الشافعي رحمه الله تعالى و السادس أن يشهد بالقتل عبيد و نساء ففيه عن احمد رحمه الله تعالى روايتان و إن شهد به فساق أو صبيان ففيه وجهان اه ملخصا.

للشافعي رحمه الله تعالى في البدائة بيمين الولي قوله عليه الصلاة و السلام للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه و لأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر و لهذا تجب على صاحب اليد فإذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه و رد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة و القصاص لا يجامعها و المال يجب معها فلهذا وجبت الدية و لنا قوله عليه الصلاة و السلام البينة على المدعي و اليمين على

في شهادة النساء روايتان إحداهما أنها لوث توجب القسامة و الأخرى أنها لا توجبها و كذلك شهادة الواحد و الجماعة إذا لم يكونوا عدولا و في شهادة العبد روايتان إحداهما أنها لوث و قيل لا تكون لوثا و إذا وجد رجل مقتول و وجد بقربه رجل معه سيف أو في يده شيء من آلة القتل و عليه آثار القتل فهو لوث موجب للقسامة و الدية لولاته (للشافعي رحمه الله تعالى في البداية بيمين الولي قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه) هذا الحديث أخرجه (١) الأئمة الستة في كتبهم عن سهل بن أبي حثمة قال خرج عبد الله بن سهل ابن زيد و محيصة بن مسعود بن زيد رضي الله تعالى عنهما حتى إذا كانا بخيبر تفرقا الحديث بطوله و فيه فقال لهم أي لأولياء القتيل أ تحلفون خمسين يمينا و تستحقون دم صاحبكم وجه الاستدلال به أنه عليه الصلاة و السلام بدأ باليمين على من شهد له الظاهر (و لأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعني كما في سائر الدعاوى فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له (و لهذا تجب على صاحب اليد فإذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه و رد اليمين على المدعي أصل له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (كما في النكول) يعني إذا نكل المدعى عليه عن اليمين رد على المدعي (غير أن هذه) أشار به إلى الدعوى التي هنا (دلالة) أي على الصدق (فيها نوع شبهة و القصاص لا يجامعها) يعني لا يثبت القصاص مع الشبهة (و المال يجب معها) أي مع الشبهة (فلهذا وجبت الدية) دون القصاص (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (البينة على المدعي و اليمين على

(١) أخرجه الأئمة الستة الخ. قلت أخرجه البخاري في الأدب باب إكرام الكبير الخ ص٩٠٧ ج٢ و مسلم في القسامة ص٥٤ ج٢ و أبو داود في الديات باب القسامة ص٢٧٣ ج٢ و الترمذي فيه باب ما جآء في القسامة ص١٧٠ ج١ و النسائي في القسامة (باب) تبدئة أهل الدم في القسامة ص٢٣٥ ج٢ و ابن ماجة في الديات باب القسامة ص١٩٦.

من أنكر و في رواية على المدعى عليه و روى سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى أن النبي عليه الصلاة و السلام بدأ باليهود بالقسامة و جعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم

من أنكر و في رواية على المدعى عليه) هذا الحديث أخرجه (١) الترمذيّ عن محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال في خطبته البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه انتهى فإن قلت قال الترمذيّ هذا حديث في إسناده مقال و محمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك و غيره و أخرجه (٢) الدارقطنيّ في سننه عن حجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب به و قال صاحب التنقيحّ و حجاج بن أرطأة ضعيف و لم يسمعه من عمرو بن شعيب و إنما أخذه من العرزمي عنه و العرزمي متروك قلت شطر الحديث (٣) في الكتب الستة من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لكن اللفظ لمسلمّ و ابن ماجةّ و لكن اليمين على المدعى عليه و لفظ الباقينّ أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه و بهذا يعلم أن وظيفة المدعى عليه اليمين و ليست هي وظيفة المدعي و بهذا يقوى حديث الترمذيّ (و روى سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى أن النبي ﷺ بدأ باليهود بالقسامة و جعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم) هذا رواه (٤) عبدالرزاقّ و ابن أبي شيبةّ في مصنفيهما عن معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى أن القسامة كانت في الجاهلية فأقرها النبي ﷺ في قتيل من الأنصار وجد في جب لليهود قال فبدأ رسول الله ﷺ باليهود فكلفهم قسامة خمسين فقالت اليهود لن نحلف فقال رسول الله ﷺ للأنصار أ فتحلفون فأبت الأنصار أن تحلف فأغرم رسول الله ﷺ اليهود ديته لأنه قتل بين أظهرهم و رواه الواقدي في غزوة خيبر حدثني معمر به و قال الأترازيّ سعيد بن المسيبّ من أعلى طبقات التابعين و لكن

(١) أخرجه الترمذيّ في الأحكام باب ما جآء في أن البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه ص ١٦٠ ج ١.
(٢) أخرجه الدارقطنيّ في الأقضية ص ٢١٨ ج ٤. (٣) شطر الحديث في الكتب الستة الخ. قلت رواه البخاريّ في الرهن باب إذا اختلف الراهن و المرتهن الخ ص ٣٤٢ ج ١ و في الشهادات باب اليمين على المدعى عليه في الأموال و الحدود ص ٣٦٧ ج ١ و في التفسير باب قوله إن الذين يشترون بعهد الله الآية ص ٦٥٣ ج ٢ و مسلمّ في أوائل الأقضية ص ٧٤ ج ٢ و أبو داودّ في القضاء باب اليمين على المدعى عليه ص ١٥٤ ج ٢ و الترمذيّ في الأحكام باب ما جآء في أن البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه ص ١٦٠ ج ١ و النسائيّ في أدب القضاة (باب) عظة الحاكم على اليمين ص ٣١٠ ج ٢ و ابن ماجةّ في الأحكام باب البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه ص ١٦٩. (٤) رواه عبدالرزاقّ في العقول باب القسامة ص ٢٧ ج ١٠ و ابن أبي شيبةّ في الديات (باب) ما جآء في القسامة ص ٢٧٦ ج ٩ و اللفظ له.

و لأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق و حاجة الولي إلى الاستحقاق و لهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة و قوله يتخيرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي لأن اليمين حقه و الظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو صالحي أهل المحلة

في ذكره نظر لأنه لم يذكر روايته في كتب الحديث في هذا الباب مثل الموطأ و الصحيح و السنن و شرح الآثار و غير ذلك نعم روى عن الزهري رحمه الله تعالى ذلك في شرح الآثار و أشار به إلى ما رواه (١) الطحاوي حدثنا أبو بشر الرقي حدثنا أبو معاوية الضرير عن ابن أبي ذئب عن الزهري رحمه الله تعالى أن رسول الله ﷺ قضى بالقسامة على المدعى عليهم فدل ذلك على أن القسامة على المدعى عليهم لا على المدعين على ما بين الزهري رحمه الله تعالى انتهى قلت عدم الإطلاع في كتب الحديث يؤدي إلى هذه المقالة فكيف ينكر الأترازي هذا و قد روى عبدالرزاق و ابن أبي شيبة و الواقدي عن سعيد بن المسيب به و لم يذكر الطحاوي سعيد بن المسيب بل اقتصر على الزهري و في كل منهما كفاية للحجة و معمر بفتح الميمين ابن راشد و أبو معاوية الضرير محمد بن خازم بالخاء و الزاء المعجمتين و ابن أبي ذئب محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب و اسم أبي ذئب هشام بن شعبة بن عبد الله بن أبي قيس القرشي العامري المدني و الزهري هو محمد بن مسلم بن شهاب و قد مضى في الدعوى أن اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق المال فكيف تصلح حجة لاستحقاق نفس محترمة خصوصا في موضع يتيقن بأن الحالف مجازف يحلف ما لم يعاينه بأمر مجهول و هو اللوث و إنما شرعت اليمين لدفع الضرر أشار إليه بقوله (و لأن اليمين حجة للدفع) أي لدفع الضرر (دون الاستحقاق و حاجة الولي إلى الاستحقاق و لهذا) أي و لكون حاجة الولي إلى الاستحقاق (لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة) قال شيخنا العلاء هذا جواب عن قول مالك رحمه الله تعالى و أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى أنه يجب القصاص بيمينه و كذلك عن قوله الآخر فانه يقول يستحق بيمينه النفس أي القصاص إلا أنه يسقط باعتبار الشبهة فيصار إلى الدية بدلا عن القصاص (و قوله) أي قول القدوري (يتخيرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي لأن اليمين حقه و الظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل) مثل الفسقة و الشبان لأن تهمة القتل فيهم أكثر (أو صالحي أهل المحلة)

---

(١) رواه الطحاوي في الجنايات باب القسامة كيف هي ص ١١١ ج ٢.

لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل و فائدة اليمين النكول فإن كانوا لا يباشرون و يعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح و لو اختاروا أعمى أو محدودا فى قذف جاز لأنه يمين و ليس بشهادة. قال و إذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية و لا يستحلف الولى و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تجب الدية لقوله عليه الصلاة و السلام في حديث عبدالله بن سهل

أى يختار الصالحين من أهل المحلة (لما أن تحرزهم) أى تحرز الصالحين (عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل و فائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون و يعلمون) أى القاتل (يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح) بالطاء المهملة و هو نقيض الصالح (و لو اختاروا أعمى أو محدودا فى قذف جاز لأنه يمين و ليس بشهادة) احترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما أن اللعان شهادة و الأعمى أو المحدود فى القذف ليسا من أهل أدائها. (قال) أى القدورىّ (و إذا (١) حلفوا قضى على أهل المحلة) أى على عاقلتهم (بالدية) فى ثلاث سنين لأن حالهم هنا دون حال من باشر بالقتل خطأ و الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين فههنا أولى (٢) و ذكر إختلاف زفر و يعقوب رحمهما الله تعالى فقال زفر رحمه الله تعالى القسامة و الدية على العاقلة و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا قسامة على العاقلة بل الدية عليهم لأن التحمل يجرى فى الدية و لا يجرى فى اليمين (و لا يستحلف الولى و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تجب الدية) إذا حلف المدعى عليه و به (٣) قال مالك و أحمد و الليث و أبو ثور رحمهم الله تعالى (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (فى حديث عبدالله بن سهل

---

(١)و إذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية. قلت و به قال عثمان البتى و الحسن بن صالح و سفيان الثورى و عبدالرحمن بن أبي ليلى و عبدالله بن شبرمة و عامر الشعبى و ابراهيم النخعى رحمهم الله تعالى و روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه كما فى العمدة للعلام العينىّ. (٢)فههنا أولى. و فى الشامية: قلت ووجه الأولوية أن الموجود هنا مجرد دعوى إذ لم يثبت أن أهل المحلة قتلوه فهو أدنى حالا من حال من باشر القتل الخطأ عيانا فتتحمله العاقلة بالأولى و إن كانت الدعوى بقتل العمد لما قلنا من عدم الثبوت فلا ينافى أن العواقل لا تعقل العمد هذا ما ظهر لفهى القاصر هذا و عبارات المتون مطلقة فى أن القسامة و الدية على أهل المحلة فلا بد من تخصيصها بدعوى العمد أو بتقدير مضاف أى على عاقلتهم و لا يخفى أن القاتل كواحد من العاقلة فيتحمل معهم و لذا قال فى البزازية عن شيخ الاسلامّ أن القسامة عليهم و الدية على عاقلتهم و عليهم لأن أهل المحلة قتلوا حكما فيكون كما لو قتلوه حقيقة اه ملخصا. (٣) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى كذا فى المغنى ص١٨ ج١٠ و فيه أيضا و هو قول يحيى بن سعيد و ربيعة و أبى الزناد رحمهم الله تعالى.

رضى الله تعالى عنه تبرئكم اليهود بأيمانها و لأن اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى و لنا أن النبي عليه الصلاة و السلام جمع بين الدية و القسامة في حديث ابن سهل رضي الله تعالى عنه و في حديث زياد بن أبي مريم رضى الله تعالى عنه و كذا جمع عمر رضى الله تعالى عنه بينهما على وادعة و قوله عليه الصلاة و السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص و الحبس

رضى الله تعالى عنه تبرئكم اليهود بأيمانها) هذا قطعة من حديث عبدالله بن سهل رضى الله تعالى عنه و قد مرت قطعة منه عن قريب و قال (١) أبو داودؒ رواه بشر بن المفضلؒ و مالكؒ عن يحيى بن سعيدؒ قال فيه أ تحلفون خمسين يمينا و تستحقون دم صاحبكم و رواه ابن عيينةؒ عن يحيىؒ فبدأ بقوله تبرئكم يهود بخمسين يمينا يحلفون (و لأن اليمين عهدت في الشرع مبرأ للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى) فكذا هنا ليكون موافقا للأصول (و لنا أن النبي ﷺ جمع بين الدية و القسامة في حديث ابن سهل) بن زيد رضى الله تعالى عنه قد مر أنه أخرجه الأئمة الستةؒ و فيه أ تحلفون خمسين يمينا و تستحقون دم صاحبكم و في آخره فوداه رسول الله ﷺ مائة من ابل الصدقة (و في حديث زياد بن أبي مريم رضى الله تعالى عنه) قال (٢) المخرجؒ غريب يعني لم يثبت (و كذا جمع عمر رضى الله تعالى عنه بينهما) أي بين الدية و القسامة (على وادعة) و هي بطن من همدان ذكره في الجمهرة و رواه (٣) عبدالرزاقؒ في مصنفه أخبرنا الثورى عن مجالد ابن سعيد و سليمان الشيباني عن الشعبيؒ أن قتيلا وجد بين وادعة و شاكر فأمرهم عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فأحلفهم عمر رضى الله تعالى عنه خمسين يمينا كل رجل ما قتلت و لا علمت قاتلا ثم أغرمهم الدية و أخرجه (٤) ابن أبي شيبةؒ في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا اسرائيل عن أبي اسحاق عن الحارث بن الازمع قال وجد قتيل باليمن بين وادعة و أرحب فذكره بنحوه (و قوله عليه الصلاة و السلام تبرئكم اليهود) هذا جواب عن استدلال الشافعي رحمه الله تعالى بحديث عبد الله بن سهل رضى الله تعالى عنه المذكور أي قول النبي ﷺ تبرئكم اليهود (محمول على الإبراء عن القصاص و الحبس) تقريره أن قول الخصم

---

(١) قال أبو داودؒ في الديات باب القسامة ص٢٧٣ ج٢. (٢) قال المخرج أي مخرج الأحاديث الزيلعيؒ في نصب الراية ص٣٩٤ ج٤. (٣) رواه عبدالرزاقؒ في العقول باب القسامة ص٣٥ ج١٠. (٤) أخرجه ابن أبي شيبةؒ في الديات (باب) ما جاء في القسامة ص٣٨١ ج٩.

و كذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين و القسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ و من أبى منهم اليمين حبس حتي يحلف لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم و لهذا يجمع بينه و بين الدية

الحلف مبرئ قلنا نحن نقول بموجبه و لكن يبرئ عما وجب لأجله الحلف و هو القصاص لا عن غيره كما إذا كانت الدعوى على شيء فحلف المدعي عليه على ذلك الشيء انقطعت الخصومة عنه وهنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على القتل فباليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل فلم يجب القصاص و لكن وجب عليه شيء آخر لا لكونه قاتلا بل لتقصيرهم في صيانة المحلة عن فساد القتل لأنه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الأمر و التسبيب في القتل بهذا الطريق موجب للدية في الشرع ألا ترى أن العاقلة يؤخذون بالدية و هم ما قتلوا و لكن قصروا في صيانة الدم عن الإهدار هو الذى قاله الأترازى رحمه الله تعالى و غيره و أحسن منه في الجواب عنه ما قال (١) أبو داودٌ في حديث عبدالله بن سهل رضي الله تعالى عنه المذكور رواه بشر بن المفضلٌ و مالكٌ عن يحيى بن سعيدٌ قال فيه أ تحلفون خمسين يمينا و تستحقون دم صاحبكم و رواه ابن عيينةٌ عن يحيىٌ فبدأ بقوله تبرئكم يهود بخمسين يمينا يحلفون و هو وهم من ابن عيينةٌ (و كذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين و القسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البرائة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ) هذا جواب آخر عن حديث الخصم و قد قررناه عن قريب (و من أبى منهم اليمين) أى و من امتنع عن اليمين من الخمسين الذين اختارهم الولي (حبس حتي يحلف لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم) فمن نكل عن حق مستحق لذاته فقد ظلم و جزاء الظلم الحبس و إنما قال مستحقة لذاتها ليعلم أنها ليست بدلا عن الدية (و لهذا يجمع بينه) أى بين اليمين (و بين الدية) و لو كان بدلا عن الدية لما جاز الجمع بينهما

---

(١) قال أبو داودٌ الخ. قد مر تخريجه آنفا.

بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه و لهذا يسقط ببذل المدعى و فيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذى ذكرنا إذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة و كذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم و الدعوى في العمد أو الخطأ لأنهم لا يتميزون عن الباقي و لو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب و هكذا الجواب في المبسوط و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول أن في القياس تسقط القسامة و الدية عن الباقين من أهل المحلة و يقال للولى أ لك بينة فإن قال لا يستحلف المدعى عليه على قتله يمينا واحدة و وجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم و إنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم و المدعى يدعى القتل عليهم و فيما وراءه بقى على أصل القياس

(بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين) في الأموال (بدل عن أصل حقه) أي حق المدعى و أصل حقه في المال (و لهذا) أي و لكون اليمين بدلا عن أصل حقه في المال (يسقط) أي اليمين (ببذل المدعى و فيما نحن فيه لا يسقط) أي اليمين (ببذل الدية) بل تجب اليمين المكررة (هذا الذى ذكرنا) أي من وجوب القسامة و الدية (إذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة و كذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم و الدعوى في العمد أو الخطأ لأنهم) أي لأن البعض لا بأعيانهم (لا يتميزون عن الباقي و لو ادعى على البعض بأعيانهم أي و لو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه (أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب) يعنى تجب القسامة و الدية (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري لأنه قال و إذا وجد القتيل في محلة و لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم إلى آخره فأطلق وجوب القسامة و الدية على أهل المحلة و لم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض بأعيانهم أو لا بأعيانهم (و هكذا الجواب في المبسوط) يعنى أوجب القسامة و الدية مطلقا (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول أن في القياس تسقط القسامة و الدية عن الباقين من أهل المحلة و يقال للولى أ لك بينة فإن قال لا يستحلف المدعى عليه على قتله يمينا واحدة و وجهه) أي وجه ما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (أن القياس يأباه) أي يأبى الحلف (لاحتمال وجود القتل من غيرهم و إنما عرف) أي الحلف (بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم و المدعى يدعى القتل عليهم و فيما وراءه) و هو ما إذا كان الدعوى على البعض بعينه (بقى على أصل القياس) فلم تجب القسامة

و صار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم و في الاستحسان تجب القسامة و الدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى و دعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس و هو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة و إن لم تكن استحلفه يمينا واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص و امتناع القياس ثم إن حلف برئ و إن نكل و الدعوى في المال ثبت به و إن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى. قال و إن لم يكمل (١) أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين لما روى أن عمر رضي الله تعالى لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة و أربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم

(و صار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم) فإن فيه البينة من المدعي أو اليمين من المدعى عليه (و في الاستحسان تجب القسامة و الدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى و دعوى فنوجبه) أي نوجب كل واحد من القسامة و الدية و في بعض النسخ فنوجبهما أي القسامة و الدية (بالنص) الذي ذكر (لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناهما) أي القسامة و الدية (لأوجبناهما بالقياس و هو ممتنع ثم حكم ذلك) أي حكم ما إذا ادعى على واحد من غيرهم (أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة و إن لم تكن استحلفه) أي المدعى عليه (يمينا واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص و امتنع القياس ثم إن حلف) أي المدعى عليه (برئ و إن نكل و الدعوى في المال ثبت به) أي بالنكول سواء كانت الدعوى في القتل خطأ أو في القتل عمدا فالمال يثبت (و إن كان) أي الدعوى و التذكير على تأويل الادعاء (في القصاص فهو) أي الحكم فيه (على اختلاف مضى في كتاب الدعوى) في باب اليمين حيث قال و من ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص و إن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لزمه الأرش فيهما و قد مر بيانه هناك مفصلا (قال) أي القدوري (و إن لم تكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين لما روى أن عمر رضي الله تعالى عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة و أربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم

---

(١) لم يكمل. ن. لم تكمل.

حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية و عن شريح و النخعي رحمهما الله تعالى مثل ذلك و لأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن و لا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال. قال و لا قسامة على

حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية) روى (١) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه فقال حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن عبدالله بن يزيد الهذلى عن أبى مليح أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه رد عليهم الأيمان حتى وفوا و روى الكرخيؒ فى مختصره بإسناده إلى ابن الأعرج قال حدثنا الحارث بن الأزمع أنه كان فيمن حلف فأقسموا بالله ما قتلناه و لا علمنا له قاتلا و كانوا تسعة و أربعين رجلا فأخذ عمر رضى الله تعالى عنه منهم رجلا حتى أتموا خمسين فقالوا أيماننا و أموالنا قال عمر رضى الله تعالى عنه فيم يطل دم هذا قول المصنفؒ حتى تتم خمسين أى حتى تتم القسامة خمسين رجلا قوله وافى إليه هكذا ذكر المصنفؒ و أهل اللغة يقولون وافاه بدون الصلة أى أتاه (و عن شريح و النخعي رحمهما الله تعالى مثل ذلك) أما حديث شريح القاضى رحمه الله تعالى فرواه (٢) ابن أبى شيبةؒ حدثنا عبدالرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين عن شريح رحمه الله تعالى قال جاءت قسامة فلم يوفوا خمسين فردد عليهم القسامة حتى أوفوا و أما حديث ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى فرواه (٣) عبدالرزاقؒ فى مصنفه أخبرنا الثورى عن مغيرة عن ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى قال إذا لم يكملوا خمسين رددت الأيمان عليهم و رواه (٤) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه قال حدثنا أبو معاوية عن الشيبانى عن حماد عن ابراهيم رحمه الله تعالى قال إذا لم تبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يمينا (و لأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن و لا يطلب فيه الوقوف على الفائدة) يعنى لا يقال ما الفائدة فى تعيين الخمسين (لثبوتها بالسنة) أى لثبوت الخمسين بالأحاديث و الآثار (ثم فيه) أى فى الخمسين (استعظام أمر الدم) و لهذا يكرر اليمين فى اللعان و أمر الدم أقوى (فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم) أى على أحد الخمسين لظنه فيه بالأثر الذى حصل (فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال) فإذا كان كاملا فلا ضرورة إلى الزيادة. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و لا قسامة على

---

(١) روى ابن أبى شيبةؒ فى الديات (باب) القسامة إذا كانوا أقل من خمسين ٣٩٢ ج٩. (٢) فرواه ابن أبى شيبةؒ فى الديات (باب) القسامة إذا كانوا أقل من خمسين ص ٣٩٠ ج٩. (٣) فرواه عبدالرزاقؒ فى العقول باب القسامة ص ٤١ ج ١٠. (٤) رواه ابن أبى شيبةؒ فى الباب المذكور آنفا.

صبى و لا مجنون لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح و اليمين قول صحيح. قال و لا امرأة و لا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة و اليمين على أهلها قال و إن وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة و لا دية لأنه ليس بقتيل إذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حى و هذا ميت حتف أنفه و الغرامة تتبع فعل العبد و القسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا و ذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق و كذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه

صبى و لا مجنون لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح و اليمين قول صحيح. قال) أى القدورىّ (و لا (١) امرأة و لا عبد) أى و لا قسامة على امرأة و لا على عبد (لأنهما ليسا من أهل النصرة و اليمين على أهلها) أى على أهل النصرة و لأن هؤلاء أتباع و ليسوا بأصول و به قال (٢) أحمد و ربيعة و الثورى و الليث و الأوزاعى رحمهم الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى للنساء مدخل فى قسامة الخطأ دون العمد و قال ابن القاسمّ لا يقسم فى العمد إلا اثنان فصاعدا لما أنه لا يقتل إلا بشاهدين و قال الشافعى رحمه الله تعالى رحمه الله تعالى يقسم كل وارث بالغ لأنها يمين فى دعوى فتشرع فى حق النساء(قال و إن وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة و لا دية لأنه ليس بقتيل إذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حى و هذا ميت حتف أنفه) و به قال (٣) أحمد فى رواية و حماد و الثورى رحمهم الله تعالى و قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى الأثر ليس بشرط بعد ثبوت اللوث (و الغرامة تتبع فعل العبد) يعنى وجوب الغرامة أى الدية إنما يكون بفعل العبد و لا شىء هنا يدل على فعله (و القسامة تتبع احتمال القتل) و هذا يحمل الموت حتف أنفه بل الظاهر هذا عند عدم الأثر (ثم يجب عليهم القسم) أى اليمين (فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا و ذلك) أى الأثر الذى يدل على كونه قتيلا (بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق و كذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه) قال الأترازىّ صاحب الهدايةّ لم يذكر فيها الأنف و الغالب أنه سهو القلم لأنه ذكر فى البداية كما ذكره القدورىّ فى مختصره قلت لا سهو هناك لأن الدم

---

(١)و لا امرأة و لا عبد. أقول و المراد أنهما لا يدخلان مع أهل المحلة فى قسامة قتيلها فلا ينافى ما سيأتى متنا من وجوب القسامة على المرأة لو وجد القتيل فى قرية لها و لا ما ذكر فى البدائع من وجوبها على مكاتب وجد القتيل فى داره و إن حلف يجب الأقل من قيمته و من الدية اه و أما لو وجد فى دار المأذون ففى الولوالجية أن الاستحسان أن تجب القسامة على المولى و يخير بين الدفع و الفداء لأن العبد لو أقر بالجناية الخطأ لا يصح إقراره فلا يحلف اه شامية. (٢) و به قال احمدّ الخ. كذا فى المغنى ص٢٤ ج١٠. (٣)و به قال احمدّ الخ. كذا فى المغنى ص١٢ ج١٠.

لأنه لا يخرج منهما إلا بفعل من جهة الحى عادة بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارج (١) عادة بغير فعل أحد و قد ذكرناه في الشهيد و لو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف و معه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة و الدية و إن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف و معه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم لأن هذا حكم عرفناه بالنص و قد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمي

يخرج من الأنف غالبا من الرعاف فلا يصلح دليلا على القتل مع أن الأترازى رحمه الله تعالى قال في شرحه و خروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل كما إذا خرج من فمه أو أنفه لأنه قد يكون ذلك من رعاف فلم يصلح دليلا على وجود سبب في المحل (لأنه) أى لأن الدم (لا يخرج منهما) أى من العين و الأذن (إلا بفعل من جهة الحى عادة بخلاف ما إذا خرج من (٢) فيه) أى فمه (أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد و قد ذكرناه في الشهيد) يعني في كتاب الصلاة في باب الشهيد و الدم الذى يخرج من الدبر لا يكون دليلا على القتل فإنه قد يكون لعلة في الباطن و قد يكون لأكل شيء غير موافق و كذلك إن خرج الدم من الاحليل لا يكون ذلك دليلا على القتل لأنه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف الكلى أو لضعف الكبد و قد يكون من شدة الخوف أيضا (و لو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف) أى أو وجد نصف البدن (و معه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة و الدية و إن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف و معه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم) هذا كله من مسائل الأصول ذكرها تفريعا على مسألة القدورى (لأن هذا حكم) أى لأن وجوب القسامة على أهل المحلة و وجوب الدية على عواقلهم حكم (عرفناه بالنص) بخلاف القياس (و قد ورد به) أى ورد النص بهذا الحكم (في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل) هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان النص ورد في البدن كان ينبغي أن يقتصر الحكم على البدن فقط فأجاب بأن لأكثر البدن حكم كله لأن الأكثر في كثير من المواضع يقوم مقام الكل و لا سيما ههنا (تعظيما للآدمي) في أمر دمه و ما سواه على أصل القياس في عدم

---

(١) المخارج. ن. المخارق. (٢) من فيه. و في الهندية عن المحيط: و إن خرج الدم من الفم إن علا من الجوف كان قتيلا و إن نزل من الرأس فلا اه.

بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن و لا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة و لأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان و الديتان بمقابلة نفس واحدة و لا تتواليان و الأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب فيه و إن كان بحال لو وجد الباقي لا تجرى فيه القسامة تجب و المعنى ما أشرنا إليه و صلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر

وجوب القسامة و الدية (**بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن و لا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة و لأنا لو اعتبرناه**) أى الأقل (**تتكرر القسامتان و الديتان**) أى على تقدير أن يوجد الباقي في محلة أخرى (**بمقابلة نفس واحدة و لا تتواليان**) أى القسامة و الدية لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا وجد و كذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان و الديتان بمقابلة نفس واحدة و ذلك لا يجوز فإن قيل ينبغى أن تجب القسامة إذا وجد الرأس لأنه يعبر به عن جميع البدن أجيب بأن ذلك بطريق المجاز و المعتبر هو الحقيقة و لأنه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الأولى فلزم التكرار و قال الأكملُ و قيل كان ينبغى أن يقول تتكرر القاسمة و الدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة مكررا و ثبوت الدية مكررا و عبارة التثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين و الديتين انتهى قلت القائل بهذا الأترازىُ في شرحه نقل الأكملُ كلامه ثم قال و يجوز أن يكون مراده القسامتان و الديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا (**و الأصل فيه**) أى في وجوب القسامة و الدية و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى أى الأصل في جريان القسامة (**أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب فيه**) أى لا تجب القسامة في الموجود الأول (**و إن كان**) أى الموجود الأول (**بحال لو وجد الباقي**) من البدن (**لا تجرى فيه القسامة تجب**) أى القسامة في الموجود الأول (**و المعنى ما أشرنا إليه**) أى المعنى في وجوب القسامة و عدم وجوبها تكرر القسامة و عدم تكررها (**و صلاة الجنازة في هذا**) أى في وجود بعض الميت (**تنسحب على هذا الأصل**) يعنى إذا وجد الأكثر من الميت أو النصف و معه الرأس يصلى عليه و إلا فلا و إنما تنسحب على الأصل المذكور (**لأنها**) أى لأن صلاة الجنازة (**لا تتكرر**) كما أن القسامة لا تتكرر و في الفتاوى إذا وجد من الميت أقل من النصف أو وجد النصف و ليس فيه الرأس أو وجد الرأس وحده لا يصلى عليه و لو وجد النصف مع الرأس يصلى عليه و لو وجد الميت مشقوقا بنصفين مع كل نصف نصف من الرأس لا يغسل و

و لو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة لأنه لا يفوق الكبير حالا و إن كان به أثر الضرب و هو تام الخلق وجبت القسامة و الدية عليهم لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا و إن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لأنه ينفصل ميتا لا حيا. قال و إذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره .

لا يصلى عليه و لو وجد الكل إلا الرأس يصلي عليه فكذا في القسامة إذا وجد الرأس وحده في المحلة لا تجب القسامة و إذا وجد البدن كله إلا الرأس تجب إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى (و لو وجد فيهم) أى في أهل المحلة (جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة لأنه) أى لأن كل واحد من الجنين و السقط (لا يفوق الكبير حالا) بتخفيف اللام أى من حيث الحال يعني إذا وجد الكبير و لا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا (و إن كان به) أى بالجنين (أثر الضرب و هو تام الخلق وجبت القسامة و الدية عليهم) أى على أهل المحلة (لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فإن قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق و لهذا قلنا في عين الصبي و ذكره و لسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا و أجيب بأن الجنين نفس من وجه عضو من وجه فاعتبرنا جهة النفس إذا انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق و اعتبرنا جهة العضو إن انفصل ميتا فيستدل عليه بنقصان الخلق فكان الظاهر هنا بمنزلة القتيل الموجود في المحلة و له أثر الجراحة و إن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة أما الأعضاء يسلك بها مسلك الأموال و لا تعظيم للأموال كتعظيم النفس فكان فيها شبه المالية فلم توجب الدية التي لها خطر إلا عند اليقين (و إن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لأنه ينفصل ميتا لا حيا) و في الميت لا يجب شيء. (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و إذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية (١) على عاقلته) أى عاقلة السائق (دون أهل المحلة لأنه في يده) أى لأن القتيل في يد السائق فكان أخص به من أهل المحلة (فصار كما إذا كان) أى القتيل (في داره) أى في دار

---

(١) فالدية على عاقلته و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالي في غير زواية الأصول أنه كان يفصل الجواب و يقول هذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشما مخفيا لأن الظاهر أنه هو القاتل إذا كان يسوقها على هذا الوجه فأما إذا كان يسوقها غير محتشم نهارا جهارا فلا شيء عليه لأن الانسان قد يحمل أباه أو ابنه أو أحدا من أقربائه إلى بلدة ليدفنه فيه و ظاهر حاله يدل عليه فلا يجعل قاتلا كفاية.

و كذا إذا كان قائدها أو راكبها فان اجتمعوا فعليهم لأن القتيل فى أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم. قال و إن مرت دابة بين قريتين و عليها قتيل فهو على أقربهما لما روى أن النبي عليه الصلاة و السلام أتي بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع .

السائق حيث تكون الدية على عاقلة صاحب الدار دون أهل المحلة (و كذا إذا كان قائدها أو راكبها) أى و كذا الحكم إذا كان الرجل قائد الدابة أو راكبها حيث تكون الدية على عاقلته مطلقا دون أهل المحلة و لا فرق بين أن تكون الدابة ملكا للسائق و القائد و الراكب أو لا و من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف و الأصح إطلاق الجواب (فان اجتمعوا فعليهم (١)) أى فإن اجتمع السائق و الراكب و القائد فالدية عليهم (لأن القتيل فى أيديهم فصار كما إذا وجد فى دارهم) أى وجد القتيل فى دار السائق و الراكب و القائد حيث تكون الدية عليهم دون أهل المحلة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع (و إن مرت (٢) دابة بين (٣) قريتين و عليها (٤) قتيل فهو (٥) على أقربهما) أى أقرب القريتين (لما روى أن النبى ﷺ أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع) هذا الحديث رواه (٦) أبو داود الطيالسى و اسحاق بن راهويه و البزار رحمهم الله تعالى في مسانيدهم و البيهقيّ (٧) فى سننه عن أبى إسرائيل

---

(١)فعليهم أى فالدية على عاقلتهم و القسامة عليهم سواء كانوا ملاكا أو لم يكونوا عناية و لينظر فيما لو كان المالك أحدهم بأن كان هو السائق مثلا و القائد أو الراكب أجنبى أو بالعكس و الاطلاق يشمل هذه الصور و يدل عليه ما ذكره الاتقانيّ لو وجد القتيل فى سفينة فالدية على من فيها من مالك و راكب لأنها تنقل و تحول فالضمان فيها بثبوت اليد لا بالنصرة كالدابة اه أفاده سعديّ شامية و إن لم يكن مع الدابة أحد فالدية و القسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لأن وجوده على الدابة كوجوده فى الموضع الذى فيه الدابة زيلعى.
(٢)و إن مرت دابة أى و لم يكن معها أحد شامى عن مسكين إذ لو معها سائق أو نحوه فقد مر آنفا. (٣)بين قريتين أو قبيلتين در مختار أو سكتين أو محلتين شامى عن قهستانى. (٤)عليها قتيل الخ. قيد الدابة اتفاقى در مختار عن قهستانى فالحكم كذلك لو وجد طريحا بينهما شامى عن ط. (٥) فهو على أقربهما و هذا إذا كان فى موضع لا يكون مملوكا لأحد و إلا فعلى مالكه قهستانى و قال و فيه إشعار بأنه لو وجد بين أرض قرية و بيوت قرية فعلى الأقرب شامى. (٥)فهو على أقربهما و لو استويا فعليهما فلو كان فى إحدى القريتين ألف رجل و فى الأخرى أقل فالدية على القريتين نصفان بلا خلاف هندية عن محيط و أقول و قد علمت أن من الشروط الدعوى من الولى فاذا ادعى على إحداهما دون الأخرى كيف الحكم و الذى يظهر لى بحثا أنه لو ادعى على إحدى المستويتين لا تسقط القسامة عن الأخرى لأن الوجوب عليهما فهو كما لو ادعى على معين من أهل محلة و أما لو ادعى على البعدى فهو إبراء منه للقربى لأن أصل الوجوب عليها وحدها كما لو ادعى على واحد من غير أهل المحلة و ليراجع شامية. (٦)رواه أبو داود الطيالسيّ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٩٦ ج٤ . (٧)البيهقيّ فى القسامة باب ما روى فى القتيل يوجد بين قريتين ص١٢٦ ج٨.

و عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه لما كتب إليه فى القتيل الذى وجد بين وادعة و أرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة و قد قصروا. قال و إن وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة عليه لأن الدار فى يده

الملائى و اسمه اسماعيل بن أبى اسحاق عن عطية عن أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أن قتيلا وجد بين حيين فأمر النبى ﷺ أن يقاس إلى أيهما أقرب فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشبر قال الخدرى رضى الله تعالى عنه كأنى أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ فألقى ديته عليهم فإن قلت هذا رواه ابن عدىّ و العقيلىّ فى كتابيهما بلفظ فألقى ديته على أقربهما و أعلّاه بأبى اسرائيل فضعفه ابن عدىّ عن قوم و قال البزارّ ليس بالقوى فى الحديث و قال النسائىّ ليس بثقة و كان يسب عثمان رضى الله تعالى عنه قلت وثقه ابن معينّ و وثقه أيضا ابن عدىّ عن قوم آخرين (و عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه لما كتب إليه فى القتيل الذى وجد بين وادعة و أرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة) هذا رواه (١) ابن أبى شيبةّ فى مصنفه حدثنا وكيع إسرائيل عن أبى اسحاق عن الحارث بن الأزمع قال وجد قتيل باليمن بين وادعة و أرحب فكتب عامل عمر رضى الله تعالى عنه إليه فكتب إليه عمر رضى الله تعالى عنه أن قس ما بين الحيين فإلى أيهما كان أقرب فخذهم به قال فقاسوا فوجدوه أقرب إلى وادعة قال فأخذنا الحديث قوله وادعة و أرحب بالحاء المهملة حيان من همدان (قيل (٢) هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة و قد قصروا) فى النصرة مع إمكانها فصار كأنهم قتلوه تقديرا فيلزمهم القسامة و الدية. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إن وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة (٣) عليه) أى على صاحب الدار و قال مالك رحمه الله تعالى لا قسامة و لا غرامة فى قتيل وجد فى دار قوم (لأن الدار فى يده

---

(١)رواه ابن أبى شيبةّ فى الديات باب ما جآء فى القسامة ص ٣٨١ ج٩. (٢)قيل الخ. عبر فى التبيين أيضا بقيل لكن جزم به فى الخانية و الولوالجية و تبعهما ابن كمالّ و صاحب الدررّ و جعله متنا كالمصنف (أى مصنف تنوير الأبصار) و كذا فى المواهب و وجهه ظاهر و مفاده أنه إن لم يسمع منه الصوت فدمه هدر لكن هذا إذا لم يكن المكان مملوكا أو عليه يدخاصة أو عامة شامى. (٣)فالقسامة عليه يعنى إن كان عاقلته غيبا و لو حضورا دخلوا فى القسامة أيضا عندهما خلافا لأبى يوسف رحمه الله تعالى كما سيأتى. (٣)فالقسامة عليه فتكرر عليه الأيمان =>

و الدية على عاقلته لأن نصرته منهم و قوته بهم. قال و لا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول محمد رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو عليهم جميعا لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه الصلاة و السلام جعل القسامة و الدية على اليهود و إن كانوا سكانا بخيبر و لهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم و قرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم و أما أهل خيبر فالنبى عليه الصلاة و السلام

و الدية على (١) عاقلته لأن نصرته منهم و قوته بهم) أى بالعاقلة. (قال) أى القدورىّ (و لا تدخل السكان (٢) فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول محمد رحمه الله تعالى) يشير إلى أن محمدا رحمه الله تعالى ليس فى هذا القول بأصيل فانه ذكر فى الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى فقال و قول محمد رحمه الله تعالى مضطرب (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى) يعنى آخرا (هو) أى القسامة ذكر الضمير بالتذكير على تأويل القسم أو الحلف قاله الأترازىّ و رأيت فى بعض النسخ هى على الأصل فلا يحتاج إلى التكلف (عليهم جميعا) أى على السكان و الملاك جمعيا و به قال الشافعى و أحمد و ابن أبى ليلى رحمهم الله تعالى و كان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولاً كقولهما ثمرجع (لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه الصلاة و السلام) أى أن النبى ﷺ (جعل القسامة و الدية على اليهود و إن كانوا سكانا بخيبر) فى قصة عبدالله بن سهل رضى الله تعالى عنه لما وجد قتيلا فى خيبر و قد كانوا سكانها لأنها كانت للمسلمين و كان اليهود عمالهم (و لهما) أى لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم و قرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم و أما أهل خيبر) هذا جواب عما تمسك أبو يوسف رحمه الله تعالى بما ذكره تقريره أن يقال أما أهل خيبر (فالنبى ﷺ

=> ولوالجية و لو الدار مغلقة لا أحد فيها طورى و هذا إذا ادعى ولى القتيل القتل على صاحب الدار فلو ادعى على آخر فلا قسامة و لا دية على رب الدار تاترخانية شامية. (١)و الدية على عاقلته إن ثبت أن الدار لذى اليد بالحجة و كان له عاقلة و إلا فعليه در مختار عن ملتقى. (٢)و لا تدخل السكان كالمستأجرين و المستعيرين و إن كان الملاك غيبا تاترخانية و كالمشترين الذين يملكون بالهبة أو المهر أو الوصية أو غيره من أسباب الملك و إن كانوا يقبضونها قهستانى شامية.

أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج. قال و هى على أهل الخطة دون المشترين و هذا قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ و بهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا و الولاية باعتبار الملك و قد استووا فيه و لهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف

أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج) و قد روى (١) الطحاوىّ باسناده إلى سليمان بن بلال عن يحيى بن سعيد رحمه الله تعالى أن خيبر يومئذ كانت صلحا فإذا ثبت ذلك كانت خيبر ملكا لليهود فعلم أن القتيل كان قبل الفتح و لئن سلمنا أنه كان بعده فنقول إن اليهود كانت لهم أملاك و لهذا عوضهم عمر رضى الله تعالى عنه لما أجلاهم كذا قاله القدورىّ فى التقريب. (قال) أى القدورىّ (و هى (٢)) أى القسامة و الدية و فى بعض النسخ و هو قال الكاكىّ أى المذكور من وجوب القسامة و الدية (على أهل الخطة) و الخطة (٣) المكان المختط لبناء دار و غير ذلك من العمارات و معناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة و قسمها بين الغانمين فإنه يختط خطة لتتميز أنصباؤهم (دون المشترين) يعنى ليس عليهم (و هذا) أى المذكور (قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ و بهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا و الولاية) أى ولاية الحفظ (باعتبار الملك) و ما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك كاستحقاق الشفعة فإنه مبنى على الملك و لا تفاوت فيه بين أهل الخطة و المشترين فكذا هنا (و قد استووا) أى و قد استوى أهل الخطة و المشترين (فيه) أى فى الملك لأنهم مالكون جميعا و لهذا إذا تحول الملك من أهل الخطة جميعا و لم يبق واحد منهم كانت القسامة على المشترين (و لهما) أى و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف) فإن العرف أن أصحاب الخطة يبذلون

---

(١) قد روى الطحاوىّ فى الجنايات باب القسامة هل تكون على ساكنىْ الدار الموجود فيها القتيل أو على مالكها ص١٠٩ ج٢. (٢) و هى أى القسامة و الدية. قلت الأولى الاقتصار على القسامة مراعاة لافراد الضمير و لأن الدية على عاقلة أهل الخطة كما فى العناية و غيرها و فى الشرنبلالية ينبغى التفصيل كما تقدم فى المحلة فتجب الدية فى دعوى العمد عليهم و فى الخطا على عاقلتهم اه و اعترضه أبو السعودْ بأن التفصيل خلاف ظاهر الرواية كما مر شامية. (٣) الخطة الخ. كذا فى المغرب و فى طلبة الطلبة: الخطة (بالكسر) هى ما اختطه الامام أى أفرزه و ميزه من أراضى الغنيمة و أعطاه انسانا اه.

و لأنه أصيل و المشترى دخيل و ولاية التدبير إلى الأصيل و قيل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة. قال و إن بقي واحد منهم فكذلك يعنى من أهل الخطة لما بينا و إن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم و إذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار و على قومه و تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضورا

بحفظ المحلة و تدبيرها دون المشترين (و لأنه) أى و لأن صاحب الخطة (أصيل و المشترى دخيل) لأنه بمنزلة التبع (و ولاية التدبير إلى الأصيل و قيل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بنى ذلك) أى ما ذهب إليه (على ما شاهد بالكوفة) أى من عادة أهل الكوفة فى زمانه و هو أن أصحاب الخطة فى كل محلة كانوا هم الذين يقومون بتدبير المحلة و أبو يوسف رحمه الله تعالى بنى على عادة بلده أن التدبير إلى الأشراف من أهل الخطة كانوا أو لا كذا فى التحفة. (قال) أى القدورى (و إن بقي واحد منهم) أى من أهل الخطة (فكذلك) الحكم و فسر المصنف الضمير فى قول القدورى واحد منهم بقوله (يعنى من أهل الخطة) و قوله (لما بينا) إشارة إلى قوله و لهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة و إلى قوله و لأنه أصيل و المشترى دخيل (و إن لم يبق واحد منهم) أى من أهل الخطة (بأن باعوا كلهم فهو (١)) أى المذكور من القسامة و الدية (على المشترين لأن الولاية إنتقلت إليهم) أى إلى المشترين هذا على مذهب أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى من أن المشترين لم يكن لهم ولاية مع وجود واحد من أهل الخطة عندهما فإذا لم يبق أحد منهم بأن با ع كلهم انتقلت الولاية إلى المشترين (أو خصلت لهم) هذا على مذهب أبى يوسف رحمه الله تعالى لأن الولاية كانت لأهل الخطة و المشترين جميعا عنده فاذا لم يبق من أهل الخطة أحد خلصت الولاية للمشترين (لزوال من يتقدمهم) يتعلق بقوله انتقلت إليهم (أو يزاحمهم) أى لزوال من يزاحمهم و هذا يتعلق بقوله خلصت لهم بطريق اللف و النشر (و إذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار و على قومه و تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضورا) و هو جمع

(١) فهو على المشترين أى دون السكان و الحاصل أنه إذا كان فى محلة أملاك قديمة و حديثة و سكان فالقسامة على القديمة دون أخويها لأنه إنما يكون ولاية تدبير المحلة إليهم و إذا كان فيها أملاك حديثة و سكان فعلى الحديثة و إذا كان سكان فلا شيء عليهم و هذا كله عندهما و أما عند أبى يوسف رحمه الله تعالى فالثلاثة سواء فى وجوب القسامة و تمامه فى شرح الطحاوى قيل هذا فى عرفهم و أما فى عرفنا فعلى المشترين لأن التدبير إليهم كما أشير إليه فى الكرمانى قهستانى شامى و قيد بالمحلة لأنه لو وجد قتيل فى دار بين مشتر و ذى خطة فانهما متساويان في القسامة و الدية بالاجماع و تمامه فى العناية.

و إن كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان و هذا عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا قسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم و لهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة. قال و إن (١) وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل و عشرها لرجل و لآخر ما بقى فهو على رؤوس الرجال لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ و التقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة. قال

حاضر لأن فاعلا إذا كان صفة يجوز جمعه على فعول كعدول فى جمع عادل (و إن كانوا غيبا) بضم الغين و تشديد الياء جمع غائب (فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان) و قال الأكمل إذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات و فى القسامة روايتان ففى إحداهما تجب على صاحب الدار و فى الأخرى على عاقلته و بهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا و إن وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة عليه و بين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار و على قومه يحمل ذلك على رواية و هذا على رواية أخرى و حكى عن الكرخى رحمه الله تعالى أنه كان يوفق بينهما و يقول الرواية التى توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيبا و الرواية التى توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضورا كذا فى الذخيرة (و هذا) أى الحكم المذكور (عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا قسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص به من غيره) و قال الأترازى و تذكير الضمير فى به على تأويل الموضع (فلا يشاركه غيره فيها) أى فى القسامة (كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم و لهما) أى و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن الحضور) أى الحاضرين (لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه) أى صاحب الدار (فى القسامة. قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فإن وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل و عشرها لرجل و لآخر ما بقى فهو) أى العقل (على رؤوس الرجال لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ و التقصير فيكون على عدد الرؤوس) أى رؤوس الرجال لا على عدد الأنصباء (بمنزلة الشفعة) فانها تكون على عدد الرؤوس. (قال)

---

(١) و إن. ن. فان.

و من اشترى دارا و لم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع و إن كان فى البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذى في يده و هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى و إن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ و لا يجب إلا على من له ولاية الحفظ و الولاية تستفاد بالملك و لهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع و الملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات و فى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر و له أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك

أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من اشترى دارا و لم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو) أى المذكور و هو الدية (على عاقلة البائع و إن كان فى البيع خيار لأحدهما) أى للبائع أو المشترى (فهو على عاقلة الذى هى) أى الدار (فى يده و هذا) أى الحكم المذكور (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى و إن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له لأنه) أى لأن الذى تصير له الدار (إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ و لا يجب إلا على من له ولاية الحفظ و الولاية) أى و لاية الحفظ (تستفاد بالملك و لهذا) أى و لكون ولاية الحفظ تسفاد بالملك (كانت الدية) فى هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه و كذلك المستعير و المستأجر و الغاصب و المرتهن حيث امتنع وجوب الدية على هؤلاء لهذا المعنى (و الملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات) بتشديد التاء (و فى المشروط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك) بخلاف ما لو جنى العبد فى البات قبل القبض حيث يخير المشترى بين رد البيع و إمضائه و هنا لا يخير لأن الدار لم تصر مستحقة بوجود القتيل فيها بخلاف العبد لأنه يصير مستحقا بالجناية و الاستحقاق من أفحش العيوب (كما فى صدقة الفطر) بأن باع العبد بالخيار فصدقة الفطر على من تقرر له الملك فيه (و له (١)) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن القدرة على الحفظ) تكون (باليد لا بالملك) غير أن

(١) و له أن القدرة الخ. و لم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لأنه قد اندرج فى دليله و ذلك لأنه قال إن القدرة على الحفظ باليد أطلق اليد و المطلق ينصرف إلى الكامل و الكامل فى اليد ما كان إصالة و يد المودع ليست كذلك و كذلك المستعير و المستأجر قيل ما الفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين الجناية و صدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك فى الثانية دون الأولى و الجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك و الجناية موجبة للضمان بترك الحفظ و الحفظ إنما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل عناية.

ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك و لا يقتدر بالملك بدون اليد و في البات اليد للبائع قبل القبض و كذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض لأنه دون البات و لو كان المبيع في يد المشترى و الخيار له فهو أخص الناس به تصرفا و لو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ. قال و من كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذى في يده لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه و اليد و إن كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة.

الملك سبب اليد فإذا وجد الملك لأحدهما و اليد للآخر كان اعتبار اليد أولى ثم أوضح ذلك بقوله (ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك) كالمودع (و لا يقتدر بالملك بدون اليد) كالمغصوب لأن الملك باق فيه لا قدرة عليه (و في البات) بتشديد التاء أى البيع البات (اليد للبائع قبل القبض و كذا) أى و كذا اليد للبائع (فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض لأنه دون البات) أى لأن ما فيه الخيار دون البيع البات (و لو كان المبيع في يد المشترى و الخيار له) الواو للحال (فهو أخص الناس به تصرفا) أى فالمشترى أخص الناس بالمبيع من حيث التصرف (و لو كان الخيار للبائع فهو في يده) أى فالمبيع في يد المشترى (مضمون عليه) أى على المشترى (بالقيمة) احترز به عن يد المودع فالقسامة على المشترى أيضا لأنه باليد يقدر على الحفظ و التدبير (كالمغصوب) فإنه مضمون بالقيمة (فتعتبر يده) أى يد المشترى فتكون الدية على عاقلة المشترى الذى في يده الدار (إذ به) أى باليد و التذكير على اعتبار العضو و في بعض النسخ إذ بها فلا حاجة إلى التأويل (يقدر على الحفظ) أى يقدر المشترى على حفظ المبيع. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها) أى أن الدار ملك (للذى في يده لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه و اليد و إن كانت دليلا على الملك و لكنها محتملة) بأن تكون يده على طريق العارية أو الإجارة و نحوها و إذا كان كذلك (فلا تكفي) أى اليد (لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به) أى بالملك (في الدار المشفوعة) لما عرف (فلا بد من إقامة البينة) على الملك و قال فخر الإسلام البزدوى رحمه الله تعالى في شرحه يريد به إذا أنكرت

قال و إن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب و الملاحين لأنها في أيديهم و اللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها و على السكان و كذا على من يمدها المالك في ذلك و غير المالك سواء و كذا العجلة و هذا على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ظاهر و الفرق لهما أن السفينة تنقل و تحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة و الدار لأنها لا تنقل.

العواقل أن تكون الدار له و قالوا هي وديعة في يدك فالقول قولهم إلا أن يقيم بينة على الملك لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق و قد احتجنا إلى الاستحقاق ههنا فوجب إثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فأنكر المشترى أن تكون الدار التي في يد المدعى ملكا له فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك فكذلك ههنا. (قال) أي القدوري (و إن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب و الملاحين لأنها) أي لأن السفينة (في أيديهم و اللفظ) أي لفظ القدوري و هو قوله من فيها (يشمل أربابها) يعني يشمل بعمومه ملاك السفينة و غير ملاكها (حتى تجب) أي القسامة (على الأرباب الذين كانوا فيها و على السكان) و قال شيخ الإسلام خواهر زاده قال بعض المشايخ إنما تجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالك معروف فإذا كان لها مالك معروف فان القسامة تجب على مالك السفينة و منهم من يقول تجب في الحالين على الذين كانت السفينة في أيديهم و مثل هذا التفصيل مر في الدابة (و كذا على من يمدها) أي السفينة (المالك في ذلك و غير المالك سواء) يعني مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها و غير مالكها سواء (و كذا العجلة) أي و كذا الحكم في العجلة إذا وجد فيها قتيل يجب القسامة و الدية على من فيها من مالك العجلة و غيره (و هذا) أي كون المالك و غيره سواء في القسامة (على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ظاهر) لأنه يجعل السكان و الملاك في القتيل الموجود في المحلة سواء (و الفرق لهما) أي لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن السفينة تنقل و تحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة) يعني كما في القتيل الموجود على الدابة تعتبر اليد دون الملك لأنها تنقل و تحول (بخلاف المحلة و الدار لأنها لا تنقل) و في الذخيرة المعتبر في هذا الباب التصرف و الرأى و التدبير و كل ذلك يفوض إلى صاحب الخطة في الدار لأن يده غير منقطع عنها و لهذا لا يتحقق الغصب فيها بخلاف الدابة

قال و إن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها لأن التدبير فيه إليهم و إن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه و الدية على بيت المال لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم

و السفينة فان الرأى و التدبير إلى الكل. (قال) أى القدورىّ (و إن وجد) أى القتيل (في مسجد (١) محلة فالقسامة على أهلها لأن التدبير فيه) أى في المسجد (إليهم) أى إلى أهل المسجد (و إن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم) و في المغرب الشارع هو الطريق الذى يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازى أو من قولهم شرع الطريق إذا تبين (فلا قسامة (٢) فيه) لأن القسامة عرف وجوبها بالنص و النص أوجبها في موضع خاص لأقوام معروفين (و الدية (٣) على بيت المال لأنه) أى لأن المسجد الجامع أو الشارع الاعظم (للعامة لا يختص به واحد منهم) و قد (٤) روى عن عمر رضى الله تعالى عنه فيمن قتل بزحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتل فقال على رضى الله تعالى عنه يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم إن علمت قاتله و إلا فأعط ديته من بيت المال و كذا إذا وجد في زحام المسجد الجامع يوم الجمعة و هو قول (٥) أحمد رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى دمه هدر و مثله عن عمر بن

---

(١)في مسجد محلة و مثله مسجد القبيلة قال في التاترخانية عن المنتقى إن كان في مسجد لقبيلة فهو على عاقلة القبيلة و إن كان لا يعلم لمن المسجد و إنما يصلى فيه غرباء فان كان يعلم الذى اشتراه و بناه كان على عاقلته القسامة و الدية و إن كان لا يعرف الذى بناه كان على أقرب الدور منه و إن كان في درب غير نافذ و مصلاه واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين في الدرب و إذا وجد القتيل في قبيلة فيها عدة مساجد فهو على القبيلة و إن لم تكن قبيلة فهو على أصحاب المحلة و أهل كل مسجد محلته اه شامية. (٢)فلا قسامة الخ. هذا إذا لم يعرف بانى المسجد الجامع و إلا فالقسامة عليه و الدية على عاقلته شامى عن قهستانى و في الطورى عن الملتقى و لو وجد القتيل في المسجد الحرام من غير زحام الناس فالدية في بيت المال من غير قسامة اه. (٢)فلا قسامة فيه لأن المقصود بالقسامة نفى تهمة القتل و ذلك لا يتحقق في جماعة المسلمين كفاية. (٣)و الدية على بيت المال و تؤخذ في ثلاث سنين لأن حكم الدية التاجيل كما في العاقلة فكذلك غيرهم ألا ترى أنها تؤخذ من مال المقر بقتل الخطأ في ثلاث سنين اه رد محتار عن اختيار. (٤)و قد روى الخ. قلت رواه سعيدٌ في سننه كما في المغني ص٩ ج١٠ و روى عبدالرزاقّ في سننه في العقول باب من قتل في زحام ص ٥١ ج ١٠ عن الثورى عن الحكم عن ابراهيم عن الاسود أن رجلا قتل في الكعبة فسأل عمر رضى الله تعالى عنه عليا رضى الله تعالى عنه فقال من بيت المال و روى في الباب المذكور عن الثورى عن وهب بن عقبة العجلى عن يزيد بن مذكور الهمدانى أن رجلا قتل يوم الجمعة في المسجد في الزحام فجعل على رضى الله تعالى عنه ديته من بيت المال و روى ابن أبى شيبةٌ الأثرين المذكورين في الديات (باب) الرجل يقتل في الزحام ص ٣٩٤ و٣٩٥ ج٩. (٥)و هو قول احمد رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغني ص٩ ج١٠.

و كذا الجسور للعامة و مال بيت المال مال عامة المسلمين و لو وجد في السوق إن كان مملوكا فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجب على السكان و عندهما على المالك و إن لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لأنه لجماعة المسلمين و لو وجد في السجن فالدية على بيت المال و على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الدية و القسامة على أهل السجن لأنهم سكان و ولاية التدبير إليهم و الظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة و لأنه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا و هذه

عبدالعزيز رحمه الله تعالى و عند الشافعي رحمه الله تعالى الزحام لوث و في الذخيرة لو وجد في مسجد جماعة في السوق و هو لعامة المسلمين لا لأهل هذه السوق فهو كالمسجد الجامع (و كذا الجسور (١) للعامة) يعني إذا وجد القتيل فيها يكون الدية على بيت المال و لا قسامة فيه كما إذا وجد في الشارع الأعظم (و مال بيت المال مال عامة المسلمين) فالكل مشتركون فيها فلعنة الله تعالى على الذين استولوا عليه و حرموا مستحقيه (و لو وجد) أي القتيل (في السوق (٢) إن كان) أي السوق (مملوكا فعند أبي يوسف تجب على السكان) سواء كانوا ملاكا أو لا (و عندهما) أي عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى تجب (على المالك و إن لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت) أي السوق (فيها فعلى بيت المال لأنه) أي السوق الغير المملوك (لجماعة المسلمين و لو وجد) أي القتيل (في السجن فالدية على بيت المال و على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الدية و القسامة على أهل السجن لأنهم سكان و ولاية التدبير إليهم و الظاهر أن القتل حصل منهم) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى إذا كان هناك لوث (و هما) أي أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة) أي لأجل ترك النصرة (و لأنه) أي و لأن السجن (بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى (و هذه) أي هذه

(١)الجسور جمع جسر (بالكسر) و هو ما يعبر به النهر و غيره مبنيا كان أو غير مبني و الفتح لغة مغرب.
(٢)السوق مؤنثة و تذكر كما في القاموس. و في المنتقى: إذا وجد القتيل في صف من السوق فانْ كان أهل ذلك يبيتون في حوانيتهم فدية القتل عليهم و إن كانوا لا يبيتون في حوانيتهم فالدية على الذين لهم تلك الحوانيت اه كفاية و تبيين.

فريعة المالك و الساكن و هي مختلف فيها بين أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى. قال و إن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر و تفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير و هذا إذا لم تكن مملوكة لأحد أما إذا كانت فالدية و القسامة على عاقلته و إن وجد بين قريتين كان على أقربهما و قد بيناه و إن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر

المسألة (فريعة المالك و الساكن) فكأنهما جعلا عامة المسلمين كالملاك و أهل السجن بمنزلة السكان كذا في شرح الإرشاد (و هي) أي هذه الفريعة (مختلف فيها بين أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) و ذكر الكرخيّ قول محمد رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالىّ و كذا ذكر القدوريّ في كتاب التقريب فقال قال أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى إذا وجد القتيل في السجن فالدية على بيت المال و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى على أهل السجن. (قال) أي القدوريّ (و إن وجد) أي القتيل (في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى إذا لم يكن لوث (و تفسير القرب ما ذكرناه من استماع الصوت) يعني الاعتبار في القرب أن يكون بحيث يسمع منه الصوت لأن الصوت إذا سمع منه يلحق تلك البقعة الغوث من العمارة في الغالب فيتعلق بها الحكم لأنه ينسب حينئذ أهل العمارة إلى التقصير و إن لم يبلغ الصوت لا يلحقها الغوث من العمارة فلا يجب شيء و هو معنى قوله (لأنه) أي القتيل (إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير) فلا يجب شيء (و هذا) أي الحكم المذكور (إذا لم تكن) أي البرية (مملوكة لأحد أما إذا كانت) أي البرية مملوكة لأحد (فالدية و القسامة) تجبان (على عاقلته) أي على عاقلة المالك (و إن وجد) أي القتيل (بين قريتين كان على أقربهما) أي أقرب القريتين (و قد بيناه) أشار به إلى ما ذكر عند قوله و إن مرت دابة بين قريتين و عليها قتيل و لكن هذا محمول على ما إذا كان يبلغ الصوت إليه (و إن وجد) أي القتيل (في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) ذكر الفرات ليس للتخصيص بل المراد به النهر العظيم يجري فيه الماء و في مبسوط شيخ الاسلامّ و الذخيرة هذا (١) إذا كان منبع الماء في يد الكفار سواء كان يجري في

---

(١) هذا إذا كان الخ. قال العلامة الاتقانيّ إنه ليس بشيء لأنه خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله تعالى في الأصل و الجامع الصغير و الطحاويّ و غيره حيث لم يعتبروا ذلك و لأن الفرات و نحوه ليس في ولاية أحد فلم يلزم حفظه على أحد و إلا لزم اعتبار ذلك في المفازة البعيدة أيضا لأنه قتيل المسلمين لا محالة اه ملخصا شامية.

لأنه ليس في يد أحد و لا في ملكه و إن كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذى تقدم لأنه أخص (١) بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط و الشط في يد من هو أقرب (٢) منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء و يوردون بهائمهم (٣) فيها بخلاف النهر الذى يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة و الدية عليهم. قال و إن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم و قد ذكرناه و ذكرنا فيه القياس والاستحسان قال و إن ادعى على واحد من غيرهم سقط (٤) عنهم و وجه الفرق قد بيناه من قبل و هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر

وسطه أو شطه و أما إذا كان في يد المسلمين فاعتبرنا موضع انبعاث (٥) الماء موضع ظهور القتيل فتجب الدية في بيت المال (لأنه) أى لأن الفرات (ليس في يد أحد و لا في ملكه و إن كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذى تقدم) أراد به قوله قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت (لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط و الشط في يد من هو بقرب منه) أى من الشط ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنهم يستقون منه الماء و يوردون دوابهم فيها بخلاف النهر الذى يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به) أى لاختصاص أهل الشفعة بذلك النهر (لقيام يدهم عليه) أى على ذلك النهر (فتكون القسامة و الدية عليهم) يعنى إذا وجد القتيل في النهر الصغير تجب فيه القسامة و الدية على عاقلة أرباب النهر و لا يكون هدرا لنسبة التقصير إليهم لأنه في أيديهم. (قال) أى القدوريّ (و إن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم و قد ذكرناه) أى في مسألة و لو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه إلى آخره (و ذكرنا فيه) أى في المذكور (القياس و الاستحسان) و قد مر تمام الكلام هناك (قال و إن ادعى على واحد من غيرهم) أى من غير أهل المحلة بعينه (سقط عنهم) أى سقط كل واحد من القسامة و الدية عن أهل المحلة و يحلف المدعى عليه يمينا واحدة و قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى إن كان هناك لوث تكرر اليمين عليه (و وجه الفرق) أى بين المسألتين (قد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذى ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة (و هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر)

---

(١)اخص. ن. اختص. (٢)أقرب. ن. بقرب. (٣)بهائمهم. ن. دوابهم. (٤)سقط. ن. سقطت. (٥)موضع انبعاث الماء أى موضع انفجاره و نبعه شامي.

لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم و هم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم و لأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولى فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم و سقط لفقد شرطه. قال و إذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم و الحفظ عليهم إلا أن يدعى الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت برائة أهل المحلة عن القسامة. قال و لا على أولئك حتى يقيموا البينة لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذى رويناه

أى ابتداء أمر القسامة لأن الشرع أوجب القسامة ابتداء على أهل المحلة (لأنه) أى لأن الواحد الذى عينه (منهم) أى من أهل المحلة (بخلاف ما إذا عين من غيرهم) أى من غير أهل المحلة (لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم و هم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم و لأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولى فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم) فلا تسمع بعد ذلك دعواه للتناقض (و سقط) أى الدعوى (لفقد شرطه) أى شرط الدعوى لأنه ادعى على غير أهل المحلة فقد أبرأهم عن ذلك فلا تسمع بعد ذلك دعواه و اعلم أن قوله و الفرق إلى قوله قال و إذا التقى قوم بالسيوف لا يوجد فى كثير من النسخ و لهذا لم يشرحه أكثر الشراح. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا) بالجيم أى انكشفوا (عن قتيل فهو (١) على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم) أى بينهم لفظ الأظهر مقحم للتأكيد (والحفظ عليهم إلا أن يدعى الأولياء على أولئك) أى على القوم التقوا بالسيوف (أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة. قال) أى محمد رحمه الله تعالى (و لا على أولئك) أى و لم يكن شيء على القوم التقوا بالسيوف (حتى يقيموا البينة لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذى رويناه) أى فى أول باب القسامة و هو قوله ﷺ لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم و أموالهم و لكن البينة على المدعى و اليمين على من أنكر و لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق

---

(١) فهو على أهل المحلة الخ. قال أبو جعفر فى كشف الغوامض هذا إذا كان الفريقان غير متأولين اقتتلوا عصبية و إن كانوا مشركين أو خوارج فلا شىء فيه و يجعل ذلك ممن أصابه العدو اه زيلعي.

أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه و لو وجد قتيل فى معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها فإن وجد فى خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية و القسامة و إن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك

(أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه و لو وجد قتيل فى معسكر) بفتح الكاف موضع العسكر يقال عسكر الرجل أى جعل عسكرا و هو معسكر بكسر الكاف و الموضع معسكر بفتح الكاف و فى ديوان الأدب يقال عسكر يعسكر عسكرة إذا هيأ العسكر و العسكر هو الجند قال الأترازىؒ و كان من حق الكلام أن يقال فى عسكر لأن المعسكر بفتح الكاف منزل العسكر إلا أن يقال أراد به العسكر المهيأ (أقاموا بفلاة من الأرض) أى نزلوا و سكنوا بها (لا ملك لأحد فيها فان وجد) أى القتيل (فى خباء) و هى الخيمة من الصوف (أو فسطاط) و هى الخيمة العظيمة و عن ابن الكلبى (١) بيوت العرب ستة قبة من أدم و مظلة من شعر و خباء من صوف و بجاد من وبر و خيمة من شجر و قنة من حجر (فعلى من يسكنها الدية و القسامة) يعنى القسامة على سكانها و الدية على عاقلتهم (و إن كان) أى القتيل (خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية) القسامة و الدية (اعتبارا لليد عند انعدام الملك) و قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله تعالى فى شرح الكافى و إذا (٢) وجد القتيل فى العسكر و العسكر فى أرض فلاة فهو على القبيلة الذين وجد فى رحالهم لأنهم إذا نزلوا فى فلاة صار كل قبيلة كمحلة على حدة فيكون صيانة ذلك الموضع عليهم هذا إذا نزلوا قبيلة قبيلة أما إذا نزلوا مختلطين فعلى أهل الأخبية جميعا لأنه يصير كدور متفرقة فى موضع قوم مجتمعين و إن كان العسكر فى ملك رجل فعلى عاقلة رب الأرض القسامة و الدية لأن صاحب الملك أقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوك لرجل و فيها ساكن و إن كان العسكر فى فلاة من الأرض فوجد قتيل فى فسطاط رجل

---

(١)عن ابن الكلبىؒ الخ. كذا فى تاج العروس تحت لفظ بيت. (٢)و إذا وجد القتيل الخ. و فى التبيين: و لو وجد القتيل فى معسكر نزلوا فى فلاة مباحة ليست بمملوكة لأحد فان وجد فى خيمة أو فسطاط فالقسامة و الدية على من يسكنها و إن كان خارجا منها و نزلوا قبائل متفرقين فعلى القبيلة التى وجد فيها القتيل و لو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما و إن استويا فعليهما اه. و فى الهندية عن محيط السرخسىؒ: و إن نزلوا مختلطين جملة فى مكان واحد إن وجد القتيل فى خيمة أحدهم أو فسطاط أحدهم فعلى صاحب الخيمة و الفسطاط و إن وجد خارج الخيام فعلى أهل العسكر كلهم و إن كان العسكر فى أرض رجل فالقسامة و الدية عليه.

و إن كان القوم لقوا قتالا و وجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة و لا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا و إن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه و إن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى و قد ذكرناه. قال و إذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت و لا عرفت له قاتلا غير فلان لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه.

فعليه القسامة تكرر عليه الأيمان و على عاقلته الدية لأنه بمنزلة دار وجد فيها قتيل في المحلة فإن القسامة تجب علي صاحب الدار و الدية على عاقلته لأن أمر الصيانة إليه فكذا هنا (و إن كان القوم لقوا قتالا) قال الكاكي انتصاب قتالا على المفعولية أى لقي المسلمون مع المشركين قتالا و يحتمل أن يكون على الحال أى مقاتلين و قال الاكمل قتالا يجوز أن يكون حالا أى مقاتلين و يجوز أن يكون مفعولا مطلقا لأن لقوا في معنى المقاتلة و أن يكون مفعولا له أى للقتال و قال الأترازي ما ملخصه أنه فيه وجوه أن يكون مفعولا به و أن يكون حالا و المفعول به محذوف أي لقوا العدو مقاتلين و أن يكون مفعولا مطلقا و لقوا بمعنى قاتلوا أى قاتلوا قتالا و أن يكون صفة لمفعول محذوف أى لقوا عدوا مقاتلين و أن يكون تمييزا أى لقوا العدو من حيث المقاتلة لأن في لقائهم إبهاما يجوز أن يكون ذلك بسبيل الصلح أو بسبيل العداوة و المقاتلة و أن يكون مفعولا له انتهى قلت الأقرب من هذه الوجوه أن يكون مفعولا به أو حالا و التمييز بعيد فليتأمل (و وجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة و لادية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) لا شيء فيه (و إن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) أشار به إلى قوله و لو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض إلى آخره (و إن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى و قد ذكرناه) أشار به إلى ما ذكر عند قوله و لا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول محمد رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو عليهم جميعا. (قال) أى القدوري (و إذا قال المستحلف) بفتح اللام (قتله فلان استحلف بالله ما قتلت و لا عرفت له قاتلا غير فلان لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل) أى قوله (فيحلف على ما ذكرناه) أى على أنه ما قتله و لا عرف له قاتلا غير فلان(لأنه لما أقر (١) بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه)

---

(١)أقر بالقتل الخ. قال سعدي إقرار القتل هنا على التجوز اه.

قال و إذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء و قد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة و له أنهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتم و إن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال و على هذين (١) الأصلين

حاصله أنه لا يسقط عنه اليمين بقوله قتله فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه و هذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل و أن يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله و لا عرف له قاتلا غير فلان. (قال) أي القدوري (و إذا شهد اثنان من أهل المحلة) يعني إذا ادعى الولي (على رجل من غيرهم) أي من غير أهل المحلة و شهد اثنان من أهل المحلة (أنه قتل لم تقبل شهادتهما و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يكونوا خصماء و قد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة) أي كشهادة الوكيل بالخصومة (إذا عزل قبل الخصومة) عن الوكالة فشهد موكله فإن شهادته تقبل و هو قياس الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و له) أي و لأبي (٢) حنيفة رحمه الله تعالى (أنهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم) فإذا كان كذلك (فلا تقبل شهادتهم و إن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية) بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي (بعد ما قبلها) أي الوصية (ثم شهد) فلا تقبل شهادته (قال) أي المصنف (و على الأصلين هذين) المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة أبدا بالإجماع و الثاني

(١)هذين الأصلين. ن.الأصلين هذين. (٢)لأبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. (تنبيه) نقل الحموي عن المقدسي أنه قال توقفت عن الفتوى بقول الامام رحمه الله تعالى و منعت من إشاعته لما يترتب عليه من الضرر العام فان من عرفه من المتمردين يتجاسر على قتل الأنفس في المحلات الخالية من غير أهلها معتمدا على عدم قبول شهادتهم عليه حتى قلت ينبغي الفتوى على قولهما لا سيما و الأحكام تختلف باختلاف الأيام و قد خير المفتي إذا كان الصاحبان رحمهما الله تعالى متفقين و تمامه في حاشية الرحمتي و نقله السائحاني أقول لكن في تصحيح العلامة قاسم أن الصحيح قول الامام رحمه الله تعالى على أن الضرر المذكور موجود في المسئلة الآتية أيضا و قد تعلم الاتفاق فيها إلا في رواية ضعيفة نعم القلب يميل إلى ما ذكر و لكن اتباع النقل أسلم شامي و في تقريرات الرافعي: نقل عبدالرحيم عن الاسرار أن ما قاله الامام رحمه الله تعالى أظهر و ما قالاه أحق اه قال و أشار بقوله أحق أن قولهما أرجح فانظره.

يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (١) و لو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه و الشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه و لا يزدادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (٢) و من جرح فى قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة و هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا قسامة و لا دية لأن الذى حصل في القبيلة أو المحلة ما دون النفس

أن من له عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالإجماع (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) منها الشفيعان إذا شهدا بالشراء على المشترى و هما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما هذا على الأصل الثانى و منها أن الوارثان شهدا بالدين على الميت و له وارث آخر لم يطلب الميراث قبلت الشهادة لأن الوارث مع الدين لا يصير خصما والدين مقدم و لكن بعرضية أن يصير خصما و من المسائل التى على الأصل الأول مسألة الوكيل و قد مرت (و لو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل (٣) الشهادة لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر فى مسألة و إن ادعى الولى على واحد من أهل المحلة فى بيان الفرق بقوله و هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافى ابتداء الأمر (و الشاهد يقطعها) أى يقطع الخصومة (عن نفسه فكان متهما) فلا تقبل شهادته (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه و لا يزدادون) ينبغى أن يقول لا يزيدون (على ذلك) أى على قولهم ما قتلناه (لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل) و عن محمد رحمه الله تعالى يحلفون و لا عرفنا له قاتلا غير الذى شهدنا عليه (و من جرح فى قبيلة) يعنى و لم يعلم الجارح لأنه لو علم سقطت القسامة بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمدا و الدية على العاقلة إذا كان خطأ (فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات) يعنى إذا صار صاحب فراش حين جرح فى تلك القبيلة ثم نقل إلى أهله فمات قيد به لأنه لو كان صحيحا يجيء و يذهب حين جرح ثم مات فى أهله فلا شيء فيه كذا فى المبسوط (فالقسامة و الدية على القبيلة و هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا قسامة و لا دية لأن الذى حصل فى القبيلة أو المحلة ما دون النفس

(١ و ٢) قال و فى بعض النسخ ليست لفظة قال. (٣) لم تقبل الشهادة يعنى إجماعا كما فى الملتقى قال فى الخيرية إلا فى رواية ضعيفة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يعمل بها اهـ شامية.

و لا قسامة فيه فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش و له أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا و لهذا وجب القصاص فإن كان صاحب فراش أضيف إليه و إن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك و لو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذى حمله إلى أهله فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضمن لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها و قد ذكرنا وجهى القولين فيما قبله من مسألة القبيلة و لو وجد الرجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد و زفر رحمهم الله تعالى

و لا قسامة فيه فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش) و به قال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا و لهذا وجب القصاص فإن كان صاحب فراش) و مات بعده (أضيف إليه) أى أضيف القتل إلى الجرح (و إن لم يكن) صاحب فراش (احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك و لو أن رجلا معه جريح به رمق) أى بقية الروح (حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذى حمله إلى أهله فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى) و هو قياس ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى (و فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضمن لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده (١) فيها) أى فى المحلة (و قد ذكرنا وجهى القولين) أى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قول أبى يوسف رحمه الله تعالى (فيما قبله من مسألة القبيلة) و هو الذى ذكره بقوله و من جرح فى قبيلة إلى آخره (و لو وجد الرجل قتيلا فى دار نفسه فديته (٢) على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) و هذا قياس قول أحمد و الأوزاعى رحمهما الله تعالى فإن عندهما لو قتل نفس خطأ يجب ديته على عاقلته خلافا لباقي العلماء (و قال (٣) أبو يوسف و محمد و زفر رحمهم الله تعالى

---

(١) كوجوده فيها فتجب القسامة عليه والدية على عاقلته فكأنه حمله مقتولا شامى عن اتقانى. (٢) فديته على عاقلته لورثته أى على عاقلة ورثته لورثته شلبية عن دراية قال فى العناية: و لم يذكر القسامة في الأصل فمنهم من قال لا تجب و منهم من قال تجب واختاره المصنف اه أى صاحب الهداية. (٣) قال أبو يوسف الخ. هو رواية عن الامام رحمه الله تعالى أيضا شامى عن اتقانى. (٣) قال أبو يوسف الخ. و به يفتى كذا ذكره منلا خسرو تبعا لما رجحه صدر الشريعة و تبعها المصنف (أى صاحب تنوير الابصار) و خالفهم ابن الكمال در مختار حيث جزم فى متنه بقول الامام رحمه الله تعالى و لم يعرج على ما ذكره صدر الشريعة بل رد ما استند إليه بقوله لا يقال المشعر بالسقوط رأسا و كذا تبع الهداية و شروحها فى تأخير دليل الامام رحمه الله تعالى المتضمن لنقض دليلهما مع دفع ما يرد عليه و كيف لا و المتون على قوله فافهم رد المحتار.

لا شيء فيه لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا و له أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل و لهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك و حال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه

لا شيء فيه) يعني يهدر دمه و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى (لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا) يعني لا شيء فيه (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل و لهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك)أي قبل ظهور القتل (و حال ظهور القتل الدار للورثة فتجب (١) على عاقلتهم) أي عاقلة الورثة قال الأكملؒ اعلم أن المصنفؒ قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ثم قال في دليله و حال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم و فيه تناقض ظاهر و مخالفة بين الدليل و المدلول و دفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت و هم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم و إن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة و لما كان كل منهما ممكنا أشار إلى الأول في حكم المسألة و إلى الثاني في دليلها و على التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته و قال الاترازيؒ فإن قلت كيف يستقيم أن تعقل عاقلة الورثة للورثة و ليس بمعقول أن يعقلوا عن أنفسهم لأنفسهم قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم و هذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى أقرباؤه (بخلاف المكاتب) لما استشعر المصنفؒ ورود مسألة المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه كالنقض على ما ذكر أشار إلى الجواب بقوله بخلاف المكاتب حيث يهدر دمه (إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه) لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات و له مال بل يقضي ما عليه منه فاذا كانت الدار له حين ظهور قتله (فيصير كأنه قتل نفسه) تقديرا لقيام ملكه (فيهدر دمه) و الحر حال ظهور قتله انتقل منه ملكه إلى ورثته فلم يجعل قاتلا نفسه تقديرا لزوال ملكه و قال الكرخيؒ في مختصره إذا وجد في دار المكاتب قتيل فهو عليه يسعى

---

(١)فتجب على عاقلتهم أي تجب الدية على عاقلة الورثة للورثة هذا إذا اختلف العواقل أما إذا اتحدت عاقلة المقتول مع عاقلة الورثة فحينئذ تجب الدية على عاقلة المقتول للورثة فيحمل ما ذكره أولاً في المتن بقوله فديته على عاقلته لورثة على ما إذا اتحد العواقل و الاتحاد هو الغالب شلبية عن غاية.

و لو أن رجلين كانا فى بيت و ليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى

فى الأقل من قيمته و من (١) الدية و كذلك لو وجد المولى فى دار المكاتب قتيلا كان عليه الأقل من ديته و من القيمة و لو وجد المكاتب قتيلا فى دار مولاه فعلى مولاه قيمته (٢) فى ثلاث سنين و لا تحمله العاقلة و قال القدورى رحمه الله تعالى فى كتاب التقريب قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إذا وجد المكاتب قتيلا فى دار سيده فعلى السيد القيمة فى ماله و إن لم يترك وفاء و لا دين عليه فهو هدر و إن كان عليه دين و لم يدع وفاء فعلى السيد الأقل من القيمة و من الدين لغرمائه و قال زفر رحمه الله تعالى دمه هدر ترك وفاء أو لم يترك و قال الكرخى رحمه الله تعالى فى مختصره و إذا وجد قتيل فى دار العبد المأذون له فى التجارة و عليه دين أو لا دين عليه فالقسامة على مولاه و الدية على عاقلته و لو وجد الرجل قتيلا فى دار عبده المأذون كانت القسامة و الدية على عاقلة المولى كان العبد مديونا أو لم يكن و لو وجد العبد قتيلا فى دار مولاه فلا شىء فيه إن لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فان على المولى قيمته لغرمائه فى ماله (٣) حالة و كذلك لو قتله عمدا فعليه قيمته حالة و كذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا فى دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة و كذلك لو قتله المولى خطأ و هو لا يعلم بالجناية فإن كان يعلم فعليه الدية و قال محمد رحمه الله تعالى إذا وجد أبو الرجل أو أخوه قتيلا فى داره فان عاقلته تعقل دية أبيه و دية أخيه و إن كان هو وارثه لأن الدية لم تجب له و إنما وجبت لغيره و قال بشر رحمه الله تعالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى العبد الرهن يوجد فى دار الراهن أو المرتهن قتيلا فالدية على رب الدار دون العاقلة قال الاسبيجابى رحمه الله تعالى فى شرح الكافى و إذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد قتيلا فى محلة وجبت القسامة و القيمة على عواقلهم فى ثلاث سنين (و لو أن (٤) رجلين كانا فى بيت و ليس (٥) معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى

(١)من الدية أى من دية القتيل فى ثلاث سنين و لا تتحملها العاقلة ظهيرية و هل تجب على المكاتب القسامة لم يذكر هذا فى الكتاب و لا شك على قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى أنها تجب و أما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فاختلف المشايخ رحمهم الله تعالى بعضهم قالوا لا تجب على قوله الآخر و منهم من قال تجب عليه القسامة محيط هندية. (٢)قيمته فى ثلاث سنين تقضى منها كتابته و يحكم بحريته و ما بقى يكون ميراثا عنه لورثته خانية. (٣)فى ماله لأن حق الغرماء كان متعلقا بماليته و جعلناه كأنه أهلكه شامية عن ولوالجية. (٤)و لو أن رجلين الخ. قال الرملىّ و فى إمرأتين و إمرأة و رجل كذلك و إذا لم يكن معه أحد فالقسامة و الدية على عاقلة المالك اه شامى. (٥)و ليس معهما ثالث إذ لو كان ثالث يقع الشك فى القاتل فلا يتعين واحد منهما كفاية و قال الرملىّ قيد به لأنه لو وجد ثالث كان كالدار اه أى فتجب على المالك شامية.

يضمن الآخر الدية و قال محمد رحمه الله تعالى لا يضمنه لأنه يحتمل أنه قتل نفسه و يحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك و لابى يوسف رحمه الله تعالى أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما إذا وجد قتيل فى محلة و لو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى عليها القسامة تكرر عليها الأيمان و الدية على عاقلتُها أقرب القبائل إليها فى النسب و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى القسامة على العاقلة أيضا لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة و المرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبى و لهما أن القسامة لنفى التهمة و تهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون رحمهم الله تعالى إن المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسألة لأنا أنزلناها قاتلة و القاتل يشارك العاقلة

يضمن الآخر الدية و قال محمد رحمه الله تعالى لا يضمنه لأنه يحتمل أنه قتل نفسه و يحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه (١) بالشك و لأبى يوسف رحمه الله تعالى أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا) يعنى وقوع القتل من نفسه وهم لا يلتفت إليه (كما إذا وجد قتيل فى محلة) حيث يكون توهم قتل نفسه ساقطا فكذا هنا (و لو وجد قتيل فى قرية لإمرأة فعند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى القسامة عليها تكرر عليها الأيمان و الدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها فى (٢) النسب و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى القسامة على العاقلة أيضا لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة و المرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبى) حيث لا يكون من أهل النصرة و إنما القسامة مخاطب بها من كان من أهل النصرة فالمرأة و الصبى سواء (و لهما) أى و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن القسامة لنفى التهمة و تهمة القتل من المرأة متحققة) فيلزمها القسامة (قال المتأخرون) أى من مشايخنا رحمهم الله تعالى (إن المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسألة) قيد بقوله فى هذه المسألة لأنها لا تدخل فى العواقل فى تحمل الدية فى غير هذه المسألة على ما يجىء فى المعاقل (لأنا أنزلناها قاتلة و القاتل يشارك العاقلة) إنما أنزلوها قاتلة تقديرا حيث دخلت فى القسامة فكما دخلت فيها دخلت فى العقل أيضا بخلاف غيرها من الصور فإنها لا تدخل فيه فى القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل فى

---

(١) فلا يضمنه بالشك. قال الرملىّ يعنى فالقسامة و الدية على مالك البيت أعنى عاقلته تنبه اه و هذا قياس قول الامام رحمه الله تعالى در منتقى و قال الرملىّ أيضا و عندى أن قول محمد رحمه الله تعالى أقوى مدركا إذ قد يقتله غير الثانى و كثيرا ما وقع اه شامى. (٢) فى النسب لا الجوار شامى عن اتقانى.

و لو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية.

العقل أيضا (و لو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها) أي من أهل القرية (قال هو) أي وجوب القسامة و الدية (على صاحب الأرض لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية) لأن الحفظ و التدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية و قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي إذا وجد القتيل في قرية لرجل من أهل الذمة فالقسامة عليه يكرر عليه الأيمان لأنه من أهل القسامة و القرية في صيانته فيكون موجب التقصير عليه و عليه الدية لأنه لا عاقلة له حتى لو كانت له عاقلة تجب عليهم و لو كان الذمي نازلا في قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيل لم يدخل الذمي في القسامة و لا في الغرم لأنه تابع لأهل القرية و كذلك السكان و النوازل فيها من غيرهم لأنهم أتباع و قال شيخ الإسلام أيضا و لو وجد القتيل في قرية لليتامى وهم صغار ليس فيهم مدرك فالقسامة على عاقلة اليتامى لأنهم ليسوا من أهل الصيانة فيلزم ذلك عاقلتهم و عاقلتهم أقرب القبائل إليهم إذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم و إن كان فيهم مدرك فعليه القسامة و تكرر اليمين عليه لأنه من أهل ذلك و على أقرب القبائل منهم الدية في الوجهين إذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم والله أعلم (١).

(١)و الله اعلم. فروع شتى عن الهندية: و إذا وجد القتيل في دار بين ثلاثة نفر فالقسامة على عواقلهم جميعا أثلاثا و تمام الخمسين في الكسر على أيّ العواقل شاء ولي القتيل و ليس له أن يختار جميع الخمسين على عاقلة أحدهم كذا في المحيط. و لو وجد قتيل في دار من لا تقبل شهادته له أو امرأة في دار زوجها ففيه قسامة و دية و لا يحرم الارث كذا في محيط السرخسي. و إذا وجد القتيل في دار إمرأة في مصر ليس فيه من عشيرتها أحد فان الأيمان تكرر على المرأة حتى تحلف خمسين يمينا ثم تفرض الدية على أقرب القبائل منها و هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول محمد و أبي يوسف رحمهما الله تعالى الأول كذا في شرح المبسوط. و أما إذا كانت عشيرتها حضورا تدخل معها في القسامة كذا في الكفاية. و أجمعوا أن القتيل إذا وجد في دار صبي فانه لا يكون على الصبي قسامة و إنما تجب الدية و القسامة على عاقلته و أجمعوا أنه إذا وجد في دار مجنون أنه لا قسامة على المجنون و إنما القسامة و الدية على عاقلته كذا في الذخيرة. و لو وجد قتيل في دار ابنه و بنته و هي بينهما نصفان فادعى كل واحد القتل على صاحبه فللابن ثلث الدية على عاقلتها و عاقلتها عاقلته و لها السدس على عاقلة أخيها و لو ادعى الابن القتل على زوج أخته فلا شيء له كذا في خزانة المفتين. و في مجموع النوازل إذا وجد الضيف في دار المضيف قتيلا فهو على رب الدار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن كان نازلا في بيت على حدة فلا دية و لا قسامة و إن كان مختلطا فعليه الدية و القسامة كذا في المحيط. و لو وجد في دار وارثه لا وارث له غيره لم تعقل عاقلته له كذا في خزانة المفتين.

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة و هى الدية و تسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أى تمسك. قال و الدية في شبه العمد و الخطأ

(كتاب (١) المعاقل)

أى هذا كتاب فى بيان أحكام المعاقل (المعاقل جمع معقلة) بفتح الميم و ضم القاف كالمكارم جمع مكرمة بضم الراء (و هى الدية) أى المعقلة هى الدية فى الإصطلاح و أما فى اللغة فمعنى العقل المنع (و تسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أى تمسك) و قيل إنما سميت الدية عقلا و معقلة باعتبار أن ابل الديات كانت تعقل بفناء ولى المقتول ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معقلة و إن كانت دراهم أو دنانير أو البقر أو الغنم أو الجبل و غيرها على الخلاف الذى يأتى و معاقل الجبال المواضع المنيعة فيها و يقال عقل الدواء بطنه يعقله عقلا إذا أمسكه و عقل الوعل فى الجبل إذا علا فيه و امتنع يعقل عقولا و سميت آلة الإدراك عقلا لهذا المعنى أيضا لأنه يمنع السفه و الهوى و المعنى الجامع اللغوى المنع و فى مبسوط شيخ الإسلامؒ طعن بعض الملحدين و قال لا جناية من العاقلة و وجوب الدية باعتبارها فتكون فى مال القاتل و حكى ذلك عن أبى بكر الاصم و الخوارج أنهم قالوا تجب الدية فى مال القاتل يؤيد ذلك قوله تعالى ﴿و لا تزر (٢) وازرة وزر أخرى﴾ قلنا إيجاب الدية على العاقلة مشهور ثبت بالأحاديث المشهورة و عليه عمل الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين رحمهم الله تعالى من بعدهم فيزاد على كتاب الله تعالى فدل على أنه لا يحمل وازرة وزر أخرى و إنما ذكر هذا الكتاب فى آخر كتاب الجنايات و الأبواب و الفصول لأنه لم يبق شيء من أحكام هذا الكتاب إلا بيان أحكام المعاقل فبينها على الترتيب. (قال) أى القدورىؒ (و الدية فى شبه العمد و الخطأ) أى وجوب الدية فى شبه العمد و الخطأ

---

(١) كتاب المعاقل. أقول كان الأولى أن يقال كتاب العواقل لأن المعاقل جمع معقلة و هى الدية كما قال هو فكأنه قال كتاب الديات فصار تكرارا و العواقل جمع عاقلة و هو من يتحمل الدية و هذا هو المناسب هنا سعدى ذكر عبد الحليمؒ أن القصد الآن بيان الدية المقيدة و هى ما يتحملها العاقلة بعد بيان مطلق الديات و المقيد غير المطلق و لذا عنون بالكتاب و بالنظر إلى اتحادهما بالذات عنون بعض بالباب و بعض بالفصل و معنى المعاقل ديات تلزم العاقلة فناسب أن يبين العاقلة من هم حتى يتضح الحكم بأن هذه دية يتحملونها و تلزمهم و لذلك قدم بيان العاقلة فظهر أن المقصود من هذا الكتاب معرفة العاقلة و معرفة ما يتحمل عليهم و المقصود أولاً و بالذات بيان الدية المقيدة و بالتبع العاقلة لأنها قيد لذلك فلذا عبر بالمعاقل دون العواقل اه تأمل رافعي. (٢)و لا تزر الآية. فاطر:١٨.

و كل دية تجب بنفس القتل على العاقلة و العاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل و هو الدية و قد ذكرناه في الديات و الأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة و السلام في حديث حمل بن مالك رضى الله تعالى عنه للأولياء قوموا فدوه و لأن النفس محترمة لا وجه إلى الاهدار و الخاطئ معذور و كذا الذى تولي شبه العمد نظرا إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه و في إيجاب مال عظيم إجحافه و استيصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقا

(و كل دية تجب بنفس القتل على العاقلة) كل دية مرفوع لأنه مبتدأ و خبره قوله على العاقلة و إنما قال بنفس القتل أى ابتداء و هو احتراز عما وجبت الدية في ثاني الحال لا ابتداء كما إذا قتل الأب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء و لكنه يسقط ذلك إلى الدية بشبهة الأبوة فتجب الدية في مال الأب لا على العاقلة و كذا إذا وجبت الدية صلحا عن العمد يجب ذلك في مال القاتل حالة إلا إذا اشترط التأجيل بخلاف ما يجب على الأب فإنه يجب في ثلاث سنين (و العاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل و هو الدية و قد ذكرناه) أى الدية على تأويل العقل (في الديات) أى في كتاب الديات (و الأصل في وجوبها) أى في وجوب الدية (على العاقلة قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبي ﷺ (في حديث حمل بن مالك رضى الله تعالى عنه للأولياء قوموا فدوه) و حمل بالحاء المهملة و الميم المفتوحتين ابن مالك بن النابغة الهذلي رضى الله تعالى عنه و قد مرت قصته في فصل (١) الجنين قوله فدوه بضم الدال و سكون الواو أى أدوا ديته من يدى و قد مر الكلام فيه مستقصى فيما مضى (و لأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار) أى إلى الإسقاط لأنه ليس في الإسلام دم مهدر (و الخاطئ معذور) لأنه لم يقصد القتل (و كذا الذى تولي شبه العمد) و هو الذى ضربه بالسوط الصغير حتى قتله (نظرا إلى الآلة) لأن آلته ليست بموضوعة للقتل فكان في معنى الخطأ (فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه و في إيجاب مال عظيم إجحافه) أى إجحاف الخاطئ يقال أجحف بالشيء إذا ذهب به (و استيصاله) قال الأكمل فسر الإجحاف بقوله و استئصاله قلت ليس كذلك لأن الاجحاف الذهاب بالشيء كما ذكرنا و منه سيل جحاف إذا ذهب بكل شيء و الإستيصال قلع الشيء و مادته همزة و صاد مهملة و لام و أصله استئصال بكسر التاء و سكون الهمزة فقلبت الهمزة ياء للتخفيف (فيصير عقوبة) يعني إذا وجب هذا المال العظيم كله على القاتل يكون عقوبة فلا يستحق هذه العقوبة (فضم إليه العاقلة تحقيقا

---

(١)فصل الجنين ص ٧٢ ج١٦.

للتخفيف و إنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه و تلك بأنصاره و هم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به. قال و العاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين و أهل الديون أهل الرايات و هم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان

للتخفيف و إنما خصوا) أى خص العاقلة (بالضم) دون غيرهم (لأنه إنما قصر) أى لأن القاتل إنما قصر حالة الرمى فى التثبت و التوقف (لقوة فيه) أى فى القاتل (و تلك) أى القوة حاصلة (بأنصاره و هم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به) أى بالضم. (قال) أى القدورىّ (و العاقلة أهل الديوان) الديوان (١) الجريدة من دون الكتب إذا جمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة (إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ (٢) من عطاياهم فى ثلاث سنين) العطايا جمع عطية و الأعطية جمع عطاء و جمع الأعطية أعطيات و العطاء (٣) إسم ما يعطى و قيل العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين و الرزق ما يخرج له كل شهر و عن الحلوائىّ كل سنة أو شهر و الرزق يوما بيوم (و أهل الديوان أهل الرايات و هم الجيش الذين كتبت أساميهم) و أرزاقهم (فى الديوان) و قال الاسبيجابىّ فى شرح الكافى و عاقلة الرجل أهل نصرته و كان عاقلة الرجل فى ابتداء الاسلام أهل عشيرته و أهل نسبه فلما دون عمر رضى الله تعالى عنه الدواوين فرض ذلك على أهل الديوان و هم أهل الرايات و هم الجيش الذين كتبت أساميهم و أرزاقهم فى الديوان فمن كان من أهل الديوان فعقله عليهم إذا جنى و من لم يكن من أهل ذلك إن كان من أهل البادية فعلقه على أقرب القبائل إليه نسبا و إن كان من أهل المصر إن كان له أقرباء و عشيرة يقضى عليهم و إن لم يكن اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه فبعضهم قالوا يجب فى ماله و بعضهم

---

(١)الديوان الخ. كذا فى المغرب الديوان (بالكسر) و يفتح مجتمع الصحف و الكتاب يكتب فيه أهل الجيش و أهل العطية و أول من وضعه عمر رضى الله تعالى عنه ج دواوين و دياوين قاموس قال أبو عبيدةؓ هو فارسى معرب و أورده الجواليقىّ فى المعرب و كذا الخفاجىّ فى شفاء الغليل و قال الكسائىّ هو بالفتح لغة مولدة و قال سيبويه إنما صحت الواو فى ديوان و إن كانت بعد الياء و لم تعتل كما اعتلت فى سيد لأن الياء فى ديوان غير لازمة و إنما هو فعّال من دونت و الدليل على ذلك قولهم دويوين قلت و ذكر غير واحد أن الديوان إنما سمى به لأن كسرى لما اطلع على الكتاب و معاملاتهم فى سرعة قال هذا عمل ديوان أى هذا عمل الجن فان ديو بالكسر الجن و الألف و النون علامة الجمع عندهم فبقى هذا اللقب هكذا تاج العروس. (٢)يؤخذ من عطاياهم أى لا من أصول أموالهم شامى. (٣)العطاء الخ. نحوه فى المغرب.

و هذا عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله ﷺ و لا نسخ بعده و لأنه صلة و الأولى بها الأقارب و لنا قضية عمر رضى الله تعالى عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان و كان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم من غير نكير منهم

قالوا يجب على أهل حرفته و بعضهم قالوا يجب على جيرانه و بعضهم قالوا على أهل محلته لأنه من ظهر نسبهم (و هذا) أى الحكم الذى ذكرناه (عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى الدية على أهل العشيرة) و هم العصبات و به قال مالك و أحمد و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و كل من عدا العصبة ليس من العاقلة و اختلف (١) فى الآباء و البنين فقال الشافعي رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية ليس آباءه و أبناءه و إن علوا أو سفلوا من العاقلة و قال مالك رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية يدخل فى العاقلة أب القاتل و ابنه و هو قولنا عند عدم أهل الديوان و عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى لا يدخلون كما يجيء إن شاء الله تعالى (لأنه كان كذلك على عهد رسول الله ﷺ) لما روى (٢) أبو داودٌ و النسائيٌ عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ دية جنينها غرة عبد أو وليدة و قضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها و من معهم و فى رواية ثم إن المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيها و أن العقل على عصبتها و إذا ثبت هذا فى الأولاد ألحق الوالد به لأنه فى معناه (و لا نسخ بعده) أى بعد النبى ﷺ لأنه لا يكون إلا بوحى على لسان نبى و لا نبى بعده (و لأنه صلة) أى و لأن الدية صلة على تأويل العقل (و الأولى بها) أى بالصلة (الأقارب) و الصلة عبارة عن مال يجب ابتداء لا بمقابلة عوض و لهذا سميت الزكاة و شفقة الأقارب صلة (و لنا قضية عمر رضى الله تعالى عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان و كان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم من غير نكير منهم) روى (٣) ابن أبى شيبةٌ فى مصنفه حدثنا حميد ابن عبدالرحمن عن حسن عن مطرف عن الحكم قال عمر رضى الله تعالى عنه أول من جعل

---

(١) اختلف فى الآباء الخ. نحوه فى المغنى ص٥١٥ ج٩. (٢) روى أبو داودٌ فى الديات باب دية الجنين ص٢٨١ ج٢ و النسائيٌ فى باب دية جنين المرأة ص٢٤٨ ج٢. (٣) روى ابن أبى شيبةٌ فى الديات (باب) العقل على من هو ص ٢٦١ ج٩.

و ليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة و قد كانت بأنواع بالقرابة و الحلف و الولاء و العد و فى عهد عمر رضى الله تعالى عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى و لهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة و إن كان بالحلف فأهله و الدية صلة كما قال لكن إيجابها فيما هو صلة و هو العطاء

الدية عشرة عشرة فى أعطيات المقاتلة دون الناس و حدثنا (١) عبدالرحيم بن سليمان عن أشعث عن الشعبى و عن الحكم عن ابراهيم قالا أول من فرض العطايا عمر بن الخطاب و فرض فيه الدية كاملة فى ثلاث سنين و حدثنا (٢) غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبى نضرة عن جابر رضى الله تعالى قال لما ولى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه الخلافة فرض الفرائض و دون الدواوين و عرف العرفاء فإن قيل قوله من غير نكير منهم إجماع فهذا إجماع على خلاف ما قضى رسول الله ﷺ فكيف يظن بهم قلنا هذا إجماع على وفاق ما قضى رسول الله ﷺ و إنما قضى على العشيرة باعتبار النصرة و لهذا لا يوخذ من النسوان و الصبيان من عشيرته لأنهم ليسوا من أهل النصرة ثم لما دون عمر رضى الله تعالى عنه الدواوين صارت النصرة بالديوان فقضى بالدية على أهل الديوان (و ليس ذلك بنسخ) جواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى و لا نسخ بعده (بل هو تقرير معنى) أى من حيث المعنى (لأن العقل كان على أهل النصرة و قد كانت) أى النصرة (بأنواع بالقرابة و الحلف) بكسر الحاء و هو العهد بين القوم و منه قولهم تحالفوا على التناصر و المراد به ولاء الموالاة (و الولاء) أى ولاء العتاقة (و العد) و هو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بنى فلان أى يعد فيهم (و فى عهد عمر رضى الله تعالى قد صارت) أى النصرة (بالديوان فجعلها) أى الدية (على أهله) أى أهل الديوان (اتباعا للمعنى) و هو النصرة (و لهذا) أى و لأجل الاتباع للنصرة (قالوا) أى قال المشايخ (لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة) و فى شرح الطحاوى إذا لم يكن القاتل من أهل الديوان فعاقلته أنصاره فإن كان نصرته بالمحال و الدروب يحمل عليهم و إن كان نصرته بالحرف فعاقلته المحترفون الذين هم أنصاره كالقصارين و الصفارين بسمرقند و الأساكفة باسبيجاب (و إن كان) أى التناصر (بالحلف) بالكسر (فأهله) أى فأهل الحلف أى فعاقلته أهل الحلف (و الدية صلة كما قال) أى الشافعى رحمه الله تعالى (لكن إيجابها) أى إيجاب الدية (فيما هو صلة و هو العطاء) و هو الذى يخرج له

---

(١) حدثنا عبدالرحيم الخ. رواه ابن أبى شيبة فى الديات (باب) الدية فى كم تؤدى ص٢٨٤ ج٩. (٢) حدثنا غسان الخ. رواه ابن أبى شيبة فى الأوائل باب أول ما فعل و من فعله ص٦٨ ج١٤.

أولى منه في أصول أموالهم و التقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه الصلاة و السلام و محكى عن عمر رضى الله تعالى عنه و لأن الأخذ من العطاء للتخفيف و العطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث (١) سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود و تأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء

من بيت المال الذى هو صلة (أولى منه) أى من الإيجاب (في أصول أموالهم) نظرا في حاله و تخفيفا عليه (و التقدير) أى تقدير الدية في الخطأ بالتأجيل (بثلاث سنين مروى عن النبي ﷺ و محكى عن عمر رضى الله تعالى عنه) تقدم كلاهما فيما مضى أن النبي ﷺ جعل دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين و أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى فرض كذلك (و لأن الأخذ) أى أخذ الدية (من العطاء للتخفيف و العطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة) فتؤخذ في ثلاث سنين (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاثة أو أقل أخذ منها) هذا لفظ القدوريّ يعنى إن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين تؤخذ الدية منهم في أكثر من ثلاث سنين حتى إذا خرجت عطاياهم الثلاثة في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية و إن خرجت عطاياهم الثلاثة في سنة واحدة يؤخذ منهم جميع الدية في سنة واحدة لأن وجوبها في العطايا و قد حصلت (لحصول المقصود) يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية و ذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها (و تأويله) أى و تأويل كلام القدوريّ (إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء) أى بعد قضاء القاضي بالدية على العاقلة (حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء) بالدية (ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء) لأن من عليه الدية قبل القضاء غير معلوم لكونه مجتهدا فيه لأن في العاقلة كلاما فبعضهم يقول أهل الديوان و بعضهم يقول أهل العشيرة فلا يحكم إلا بالقضاء و كذا الواجب في نفسه غير معلوم فإن ولاية التعيين منه إلى القاضي إن شاء قضى بالإبل و إن شاء قضى بالدراهم أو الدنانير لأن من الناس من قال الواجب الإبل فحسب و قال قوم الإبل و الأثمان جميعا و زاد قوم على هذا البقر و الغنم و الخيل و إنما قال المصنفّ تأويله لأن القدوريّ أطلق ذكر السنين و إنما تؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل

(١) ثلاث سنين. ن. ثلاثة.

على ما نبين إن شاء الله تعالى و لو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة معناه فى المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا و إذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منها فى سنة و إن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان فى سنة واحدة و ما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين فى السنة الثانية و ما زاد على ذلك إلى تمام الدية فى السنة الثالثة و ما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين و قال الشافعي رحمه الله تعالى ما وجب على القاتل فى ماله فهو حالّ لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض و لنا أن القياس يأباه و الشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه و لو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل إذ هو بدل النفس

(على ما نبين إن شاء الله تعالى) أشار به إلى ما ذكر بعد عشرة خطوط بقوله لأن الواجب الأصلى المثل و التحول إلى القيمة بالقضاء (و لو خرج للقاتل) أى للعاقل القاتل و فى بعض النسخ للعاقل و الأول هو الأصح (ثلاث عطايا فى سنة واحدة معناه فى المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما (١) ذكرنا) أشار به إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء (و إذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منها فى سنة) أى فيؤخذ كل ثلث من الدية فى سنة واحدة (و إن كان الواجب بالعقل) أى من الجنايات فيما دون النفس (ثلث دية النفس أو أقل كان فى سنة واحدة و ما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين فى السنة الثانية و ما زاد على ذلك إلى تمام الدية فى السنة الثالثة و ما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل) أى وجب على القاتل (بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين و قال الشافعي رحمه الله تعالى ما وجب على القاتل فى ماله فهو حالّ) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قد مرت المسألة (لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض و لنا أن القياس يأباه) أى يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس لانعدام المماثلة بين المال و النفس (و الشرع ورد به) أى بإيجاب المال (مؤجلا) فى الخطأ (فلا يتعداه) أى فلا يتعدى ايجاب المال مورد الشرع فإن قيل هذا ليس فى معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء و المساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة و كون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليه (و لو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل) أى لجزء الدية بكل الدية (إذ هو بدل النفس) أى لأن الدية

---

(١) لما ذكرنا إشارة إلى قوله لحصول المقصود نتائج الأفكار.

و إنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل و التحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور. قال و من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم و هي المعتبرة في التعاقل. قال و تقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة و ينقص منها قال كذا ذكره القدوري رحمه الله تعالى في مختصره و هذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية و قد نص محمد رحمه الله تعالى على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم و ثلث درهم و هو الأصح.

بدل النفس و التذكير باعتبار العقل (و إنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل و التحول إلى القيمة بالقضاء) هذا هو الموعود قبله و قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى وقت القتل (فيعتبر ابتداؤها) أي ابتداء الدية (من وقته) أي من وقت القضاء (كما في ولد المغرور) و هو الذي وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت ولدا ثم استحقت حيث يكون ولدها حرا بالقيمة يوم الخصومة و هو يوم القضاء. (قال) أي القدوري (و من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم و هي) أي النصرة (المعتبرة في التعاقل) لأن الدية كانت على القبيلة في عهد النبي ﷺ و إنما نقلها عمر رضي الله تعالى عنه إلى أهل الديوان لمعنى التناصر فلما لم يكن الجاني من أهل الديوان أقر الحكم على الأصل. (قال) أي القدوري (و تقسم) أي الدية (عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد) منهم (على أربعة دراهم في كل سنة و ينقص منها) أي من الأربعة (قال) أي المصنف (كذا ذكره القدوري رحمه الله تعالى في مختصره و هذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية) يعني ما ذكره القدوري إشارة إلى أنه يزاد على أربعة دراهم من جميع الدية في السنين الثلاثة لأنه قد نفى الزيادة على أربعة دراهم على الواحد من العاقلة في سنة واحدة و جوز الأربعة على الواحد من العاقلة في السنة الواحدة فإذا كان ما يصيب الواحد في السنة الواحدة أربعة دراهم كان ما يصيبه في السنين الثلاثة اثنى عشر درهما لا محالة فكان ما يصيبه من جميع الدية زيادة على الأربعة و قد نص محمد رحمه الله تعالى في كتاب المعاقل بخلاف ذلك أشار إليه المصنف بقوله (و قد نص محمد رحمه الله تعالى على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم و ثلث درهم و هو الأصح) أي الذي قاله محمد رحمه الله تعالى

قال و إن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف و يضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم

هو الأصح و قال الأكملؒ قوله و هو الأصح احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى مما فهم من إشارة كلام القدورى رحمه الله تعالى ذكر فى المبسوط و قال ذلك غلط و قال الأترازىؒ رواية القدورىؒ هى المشهورة و قد أثبت فى شرح الأقطع روايته بقوله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة درهم و دانقان و ينقص منها و على ذلك فلا فرق بين نص محمد و بين رواية القدورىؒ و يدل على صحة رواية شرح الأقطع ما ذكره القدورى رحمه الله تعالى عن مختصر الكرخىؒ فى باب أروش الجنايات على الرقيق و لا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم أو أربعة فى ثلاث سنين و ذلك كل ما يغرم و لا يغرم أكثر من ذلك انتهى ثم أكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة أربعة دراهم و أقله لا يتقدر و عند الشافعى رحمه الله تعالى على الغنى نصف دينار و على المتوسط ربع دينار كذا فى مختصر الأسرار و قال (١) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى لا تقدير فيه فيحملون على قدر ما يطيقون إذ التقدير لا يثبت إلا بالتوقيف و لا نص فيه فيفوض إلى رأى الحاكم و عن أحمد رحمه الله تعالى فى رواية مثل قول الشافعى رحمه الله تعالى المذكور. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إن لم يكن (٢) تتسع القبيلة لذلك ضم إليه أقرب القبائل) قال المصنف رحمه الله تعالى (معناه) أى معنى كلام القدورىؒ أقرب القبائل يعنى (نسبا) أى من حيث النسب على الترتيب المذكور فى العصبات (كل ذلك لمعنى التخفيف) يعنى طلبا للتخفيف فى حقهم هذا الجواب إنما يستقيم فى حق العربى لأن العرب حفظت أنسابهم فأمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما فى حق العجمى فلا يستقيم لأن العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبا فبعد ذلك اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى فقال بعضهم يعتبر المحال و القرى الأقرب فالأقرب و قال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى من القاتل (و يضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات الاخوة (٣) ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم) هذا إذا كان له عاقلة فإن لم يكن له عاقلة فعقله فى بيت مال المسلمين

(١) قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص ٥٢٠ ج ٩. (٢) و إن لم يكن تتسع القبيلة لذلك أى بأن تكون قلائل فتصير الحصة أكثر من ثلاثة أو أربعة شامية عن در منتقى. (٣) الاخوة الخ. صورته إذا جنى واحد من أولاد حسين رضى الله تعال عنه مثلا يكون موجب الجناية عليهم و إن لم تتسع هذه القبيلة لذلك ضم إليها قبيلة الحسن رضى الله تعالى عنه ثم بنوهم فان لم تتسع هاتان القبيلتان لذلك تضم إليهما قبيلة عقيل رضى الله تعالى عنه ثم بنوهم كفاية.

و أما الآباء و الأبناء فقيل يدخلون لقربهم و قيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة و هذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة و الآباء و الأبناء لا يكثرون و على هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعنى أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب و يفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة و أدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار و لكنا نقول هي أحط رتبة منها ألا ترى أنها (١) لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها

و عن محمد رحمه الله تعالى أنه في مال الجاني (و أما الآباء و الأبناء فقيل يدخلون لقربهم و قيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة و هذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة و الآباء و الأبناء لا يكثرون و على هذا حكم الرايات) يعنى إذا كان القاتل من أهل الديوان فعاقلته من أهل الراية (إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعنى أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر) أى إذا أصاب أمر أهل الراية الأولى يقال حزبه أمر إذا أصابه (الأقرب فالأقرب) يعنى يقدم الأقرب فالأقرب (و يفوض ذلك) يعنى تقديم الأقرب فالأقرب (إلى الإمام لأنه هو العالم به) أى بالأقرب (ثم هذا) أى هذا الذى ذكرناه (كله عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجب على كل واحد نصف دينار) و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية و في وجيز (٢) الشافعية و لا يضرب على فقير و إن كان معتملا و يضرب على الغنى نصف دينار و هو الذى ملك عشرين دينارا بعد المسكن و ما يحتاج إليه و على المتوسط الربع و هو الذى يملك أقل من ذلك و لكن ملك ما فضل عن حاجته و ينظر إلى اليسار في آخر السنة فلو طرأ اليسار قبلها أو بعدها فلا إلتفات إليه (فيسوى بين الكل) يعنى الآباء و الأبناء و غيرهم (لأنها) أى الدية على تأويل العقل (صلة) لأنه يجب على العاقلة على سبيل المواساة من غير أن يوجد منهم جناية (فيعتبر) أى فيعتبر الشافعي رحمه الله تعالى العقل (بالزكاة و أدناها ذلك) أى و أدنى الزكاة نصف دينار (إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار) لأنه كان ذلك في زمن رسول الله ﷺ (و لكنا نقول هى) أى الدية (أحط رتبة منها) أى من الزكاة و أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أى العقل (لا يؤخذ من أصل المال) بل يؤخذ من صلة المال و هو العطاء بخلاف الزكاة فانها تؤخذ من أصل المال (فينتقص منها) أى

(١) أنها. ن. أنه. (٢) وجيز الشافعية مع العزيز ص ٤٧٦ ج ١٠.

تحقيقا لزيادة التخفيف و لو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث لأن الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء و إن كان يخرج فى كل ستة أشهر و خرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية و إن كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث و إن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر و إن كانت لهم أرزاق فى كل شهر و أعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر إما لأن الأعطية أكثر أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه و العطيات (١) ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم. قال و ادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم لأنه

فينتقص العقل من الزكاة (تحقيقا لزيادة التخفيف) أى لأجل تحقيق زيادة التخفيف فى حق العاقلة فلم يكن تعليله حجة علينا (و لو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) يأخدون كل شهر (يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث لأن الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء) و قد مر الفرق بين الرزق و العطاء عن قريب (قائم مقامه) أى مقام العطاء (إذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء و إن كان يخرج فى كل ستة أشهر و خرج بعد القضاء) أى بعد حكم القاضى بذلك (يؤخذ منه سدس الدية و إن كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته (٢) من الشهر حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث و إن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر و إن كانت لهم أرزاق فى كل شهر و أعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر إما لأن الأعطية أكثر أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه) و الأخذ منه يكون إضرارا بهم (و الأعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة) يعنى متى احتيج إليها (فيتيسر عليهم) لأنه لا يحصل الضرر لهم بذلك. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى و فى بعض النسخ ليست لفظة قال (و أدخل (٣) القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم لأنه)

---

(١) العطيات. ن. الأعطيات. (٢) بحصته من الشهر أى سدس السدس كفاية. (٣) و أدخل القاتل مع العاقلة يعنى إذا كان القاتل من أهل الديوان أما إذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضا عناية لكن تعليل المسئلة يفيد الدخول مطلقا رافعى.

هو الفاعل فلا معنى لإخراجه و مؤاخذة غيره و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه و الجامع كونه معذورا قلنا إيجاب الكل إجحاف به و لا كذلك إيجاب الجزء و لو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه (١) أولى قال الله ﴿و لا تزر وازرة وزر أخرى﴾ و ليس على النساء و الذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله تعالى عنه لا يعقل مع العاقلة صبي و لا امرأة

أي لأن القاتل (هو الفاعل فلا معنى لإخراجه و مؤاخذة غيره و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل) لأن الحكم حول إلى العاقلة فلا تبقى عليه و لهذا لا يجب الكل عليه فلا يجب الجزء أيضا اعتبارا للجزء بالكل (في النفي عنه) أي في نفي الوجوب عن القاتل (و الجامع كونه معذورا) أي وجه الجمع في اعتبار الجزء بالكل هو كون القاتل معذورا (قلنا إيجاب الكل إجحاف به) أي إذهاب بالكلية (و لا كذلك إيجاب الجزء و لو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه أولى) لأن العاقلة لم يتلوثوا بالدم لأنهم براء عن الجناية و كان الوجوب على غير البريء أولى (قال الله تعالى و لا تزر (٢) وازرة وزر أخرى) و لأنها دية وجبت بالقتل فلا تخلو ذمة القاتل عنها كما إذا لم تتسع العاقلة و لا مال في بيت المال (و ليس على النساء و الذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) أراد بالذرية من لم يبلغ و الذرية (٣) أولاد الأولاد في اللغة مأخوذة من الذر و هو صغار النمل قال (٤) ابن المنذر أجمع أهل العلم رحمهم الله تعالى على أن المرأة و الصبي لا يعقلان مع العاقلة و أجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء و هو قول مالك و الشافعي و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى و حكى بعض أصحابنا عن مالك و أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن للفقير مدخلا في التحمل و هو رواية عن أحمد رحمه الله تعالى لأنه من أهل النصرة فكان كالغني و الصحيح الأول (لقول عمر رضي الله تعالى عنه لا يعقل مع العاقلة صبي و لا امرأة) هذا (٥) غريب و قال الأترازي رحمه الله تعالى و قد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال

(١)منه.ن.عنه. (٢) و لا تزر الآية فاطر: ١٨. (٣)الذرية (بالضم) و يكسر و لد الرجل ج الذريات و الذراري قاموس الذرية فعلية من الذر و هو النشر أو النمل الصغار و هو بالضم و كان قياسه الفتح لكنه نسب شاذ لم يجئ إلا مضموم الأول و نظره شيخنا رحمه الله تعالى بدهري و سهلي و أجمع القراء على ترك الهمز فيها و قال بعض النحويين أصلها ذرورة على فعلولة و لكن التضعيف لما كثر أبدل من الراء الأخيرة ياء فصارت ذروية ثم أدغمت الواو في الياء فصارت ذرية قال الأزهري و قول من قال إنه فعلية أقيس و أجود عند النحويين و قال الليث ذرية فعلية كما قالوا سرية و الأصل من السر و هو النكاح و قال ابن الأثير الذرية اسم يجمع نسل الانسان من ذكر و أنثى و أصلها الهمز لكنهم حذفوه فلم يستعملوها إلا غير مهموزة تاج العروس. (٤)قال ابن المنذر الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٥٢٣ ج٩. (٥)هذا غريب كذا في نصب الراية ص٣٩٩ ج٤.

و لأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته و الناس لا يتناصرون بالصبيان و النساء و لهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة و هو الجزية و على هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه و هذا لا يوجد فيهما و الفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة.

لا يعقل مع العاقلة صبي و لا امرأة كذا في شرح الكافي (و لأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته) أي مراقبة الجاني (و الناس لا يتناصرون بالصبيان و النساء و لهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة و هو الجزية) يعني في نساء أهل الذمة و صبيانهم (و على هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء (١) عليهما من الدية) و في فتاوى (٢) قاضي خان لو كان القاتل امرأة أو صبيا هل يجب عليهما شيء اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه و الصحيح أن القاتل يشارك العاقلة سواء كان صبيا أو امرأة أو مجنونا و كذا أب القاتل و ابنه من العاقلة و الزوج (٣) لا يكون عاقلة المرأة و كذا المرأة لا تكون عاقلة الزوج و في الأب و الابن خلاف للشافعي رحمه الله تعالى و قال الكاكي و هذه المسألة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور (بخلاف الرجل) حيث يجب عليه مع العاقلة (لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه) أي لأن الرجل (ينصر نفسه) أي يمنع عنه غيره (و هذا) أي نصر النفس و منعه من غيره (لا يوجد فيهما) أي في الصبي و المرأة لعجزهما عنه (و الفرض لهما) هذا جواب عما يقال يفرض الإمام لنساء الغزاة و ذرياتهم من العطاء و هو يدفع للنصرة فأجاب بقوله و الفرض لهما أي للصبي و المرأة (من العطاء للمعونة) أي لمعونة الجند بالطبخ و الخياطة و حفظ المنزل و نحو ذلك (لا للنصرة) لضعفهما

---

(١) لا شيء عليهما من الدية. قال في الكفاية: هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية و إنما هو اختيار بعض المتأخرين و ما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوي رحمه الله تعالى و هو الأصح و هو أصل رواية محمد رحمه الله تعالى اهـ. (٢) فتاوى قاضيخان ص٣٩٥ ج٤. (٣) و الزوج الخ. و في الهندية عن المحيط: و الزوج لا يكون عاقلة المرأة و كذلك المرأة لا تكون عاقلة الزوج و الابن لا يكون عاقلة الأم إلا أن يكون الزوج من قبل أبيها اهـ.

كفرض أزواج النبي عليه الصلاة و السلام و رضي الله تعالى عنهن و لا يعقل أهل مصر عن مصر آخر يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده و لو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر و يعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم لأنهم أتباع لأهل المصر فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب و النصرة و من كان منزله بالبصرة و ديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه و الحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة و النسب و الولاء و قرب السكنى و غيره و بعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه و على هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل

(كفرض أزواج النبي ﷺ و رضى الله تعالى عنهن) فإنه فرض لهن للمعونة لا للنصرة (و لا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) هذه من مسائل الأصل أوضحها المصنف بقوله (يريد به) أى بهذا الذى ذكره (أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده و لو كان) أى التناصر (باعتبار القرب فى السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر و يعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم لأنهم أتباع لأهل المصر فإنهم) أى فإن أهل السواد أى أهل القرى (إذا حزبهم أمر) أى إذا أصابهم أمر من الأمور المزعجة (استنصروا بهم) أى بأهل المصر (فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب و النصرة و من كان منزله بالبصرة و ديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لأنه) أى لأن من كان منزله بالبصرة و ديوانه بالكوفة (يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه و الحاصل أن الاستنصار) أى طلب النصرة (بالديوان أظهر) عندنا خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و عن هذا قال فى المبسوط (١) لو أن أخوين لأب و أم ديوان أحدهما بالكوفة و ديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما عن صاحبه و إنما يعقل عن كل واحد منهما أهل ديوانه (فلا يظهر معه) أى مع الاستنصار بالديوان (حكم النصرة بالقرابة و النسب و الولاء و قرب السكنى و غيره) و هو الحلف و العد (و بعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه) أشار به إلى قوله و من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته (و على هذا) أى على هذا الأصل (يخرج كثير من صور مسائل المعاقل) منها ما ذكره فى المبسوط (٢) و لو أن قوما من أهل خراسان أهل ديوان واحد مختلفين

---

(١) المبسوط للسرخسى ص ١٣٢ ج ٢٧. (٢) المبسوط للسرخسى ص ١٣٢ ج ٢٧.

و من جني جناية من أهل المصر و ليس له في الديوان عطاء و أهل البادية أقرب إليه و مسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر و لم يشترط أن يكون بينه و بين أهل الديوان قرابة و قيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر و يقومون بنصرتهم و يدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر و لا يخصون به أهل العطاء و قيل تأويله إذا كان قريبا لهم و في الكتاب إشارة إليه حيث قال و أهل البادية أقرب إليه من أهل المصر و هذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة و أهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة و لو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه

في أنسابهم منهم من له ولاء و منهم من له القرب جني بعضهم جناية عقل عنه أهل رايته و إن كان غيره أقرب إليه في النسب لأنه أمر لا يرجع في الاستنصار إلى عشيرته عادة (و من جني جناية من أهل المصر و ليس له في الديوان عطاء و أهل البادية أقرب إليه) أي قرابة و نسبا (و مسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر و لم يشترط أن يكون بينه و بين أهل الديوان قرابة و قيل هو) أي عدم الاشتراط (صحيح لأن الذين يذبون) أي يدفعون (عن أهل المصر و يقومون بنصرتهم و يدفعون عنهم أهل الديوان من (١) أهل المصر) قوله أهل الديوان مرفوع لأنه خبر لأن أعني قوله لأن الذين (و لا يخصون به أهل العطاء) أي لا يخصون بالذب أهل العطاء (و قيل (٢) تأويله) أي تأويل قول من قال بعدم الاشتراط المذكور (إذا كان قريبا لهم) أي ذا قرابة لهم (و في الكتاب إشارة إليه حيث قال و أهل البادية أقرب إليه من أهل المصر) أي أقرب إليه نسبا من أهل المصر (و هذا) أي اشتراط القرابة (لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة و أهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم) لأنه إذا كان هكذا استقام الوجوب على أهل الديوان باعتبار القرابة في النسب و إن لم يكن له عطاء فيهم و ذلك لأنهم أقرب مكانا فكانوا أقدر على النصرة و إن كان أهل البادية أقرب نسبا (و صار) في بعض النسخ و صارت أي هذه المسألة (نظير مسألة الغيبة المنقطعة) يعني أن للولي الأبعد أن يزوج إذا كان الولي الأقرب غائبا غيبة منقطعة لأنه أقدر على إقامة مصالحها فهذا نظير ذلك (و لو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه) أي في المصر (لا يعقله أهل المصر لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه) أي في المصر

---

(١) من أهل المصر هذا بيان لقوله أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل المصر عناية. (٢) قيل تأويله الخ. و هو الأصح شلبي و شامي عن اتقاني.

كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر (١) بهم و إن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار و معنى التناصر موجود في حقهم و إن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل و إنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فإذا لم توجد بقيت (٢) عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضي بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه و تمكنه من هذا القتل

(كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه) أي لأن النازل فيهم (لا ينتصر بهم) أي إذا لم يكن مسكنه فيهم (و إن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لأنهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار) كحد السرقة و القذف و القصاص و وجوب الدية (و معنى التناصر موجود في حقهم و إن لم تكن لهم) أي لأهل الذمة (عاقلة معروفة فالدية في ماله) أي في مال الذمي (في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في (٣) حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل و إنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضي بالدية عليه) أي على القاتل (في ماله لأن أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه) و إنما أطلق القتل ليشمل العمد و الخطأ لأن الدية تجب في ماله سواء كان القتل عمدا أو خطا لأن العاقلة لا تعقل جناية وقعت في دار الحرب و به صرح الكرخيّ في مختصره في كتاب السير (و تمكنه) أي تمكن أحد التاجرين الداخلين في دار الحرب (من هذا القتل) أي

---

(١) لا يستنصر. ن. لا ينتصر. (٢) بقيت أي الدية. ن. بقي أي الوجوب. (٣) كما في حق المسلم أي تجب الدية في مال المسلم إذا لم يكن له عاقلة و هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في ظاهر الرواية تجب في بيت المال و في المبسوط فرق بين المسلم و الذمي فان الجاني إذا كان مسلما و لا عاقلة له فعقله في بيت المال في ظاهر الرواية و لا يجب في مال الجاني و الفرق أن العقل إنما يجب على غير الجاني باعتبار النصرة و متى لم يكن للمسلم ديوان و لا قرابة بأن كان لقيطا فجماعة المسلمين أهل نصرته فأمكنا إيجاب عقله في بيت مال المسلمين باعتبار النصرة بخلاف الذمي فان جماعة المسلمين ليست من أهل نصرته فالولاية بيننا و بينهم منقطعة فتعذر إيجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة فوجب في ماله اهـ كفاية.

ليس بنصرتهم و لا يعقل كافر عن مسلم و لا مسلم عن كافر لعدم التناصر و الكفار يتعاقلون فيما بينهم و إن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة أما إذا كانت ظاهرة كاليهود و النصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض و هكذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لانقطاع التناصر و لو كان القتال من أهل الكوفة و له بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة و قال زفر رحمه الله تعالى يقضي على عاقلته من أهل الكوفة و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن الموجب هو الجناية و قد تحققت و عاقلته أهل الكوفة و صار كما إذا حول بعد القضاء و لنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل و بالقضاء ينتقل إلى المال و كذا الوجوب على

من قتل صاحبه (ليس بنصرتهم) أي بنصرة أهل الإسلام فلا يعقل عنه أهل الإسلام بل يجب في ماله (و لا يعقل كافر عن مسلم و لا مسلم عن كافر لعدم التناصر) لأن بناء العقل على التناصر و لا تناصر مع اختلاف الدين (و الكفار يتعاقلون فيما بينهم و إن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة قالوا) أي قال المشايخ (هذا) أي تعاقل الكفار فيما بينهم (إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة أما إذا كانت) أي المعاداة فيما بينهم (ظاهرة كاليهود و النصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض و هكذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) أي هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (لانقطاع التناصر) عند ظهور المعاداة فيما بينهم (و لو كان القاتل من أهل الكوفة و له بها عطاء فحول ديوانه) و في بعض النسخ جعل ديوانه (إلى البصرة) أي بعد القتل (ثم رفع) أي أمر القتل (إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة و قال زفر رحمه الله تعالى يقضي على عاقلته من أهل الكوفة و هو رواية) أي قول زفر رحمه الله تعالى رواية (عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) و هو قياس قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن الموجب هو الجناية و قد تحققت) أي الجناية (و عاقلته أهل الكوفة) الواو للحال (و صار كما إذا حول) أي ديوانه إلى البصرة (بعد القضاء) حيث تكون ديته على عاقلته من أهل الكوفة لا من أهل البصرة (و لنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل و بالقضاء ينتقل إلى المال و كذا الوجوب (١) على

---

(١) و كذا الوجوب على القاتل النكتة الأولى إنما هي من حيث النظر إلى الواجب و الثانية باعتبار النظر إلى محل الوجوب و الحاصل أن النظر إلى الوجوب أو إلى محل الوجوب يقتضي أن يكون المتحمل عنهم هم العاقلة الثانية كفاية.

القاتل و تتحمل عنه عاقلته و إذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء و عطاؤه بالبصرة بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل فى النسب لأن فى النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال و فى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله و على هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة و ليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة و لو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم و كذا البدوى إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان و بعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم و هذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام فى العطاء حيث

القاتل و تتحمل عنه عاقلته و إذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء) يعنى بخلاف ما إذا قضي بالدية على عاقلته من أهل الكوفة ثم حول عطاؤه إلى ديوان البصرة كانت الدية على عاقلته من أهل الكوفة لا تنتقل عنهم إلى عاقلته من أهل البصرة (لأن الواجب قد تقرر) على عاقلته من أهل الكوفة (بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك) أى بعد القضاء إلى عاقلته من أهل البصرة (لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها) أى لأن الدية (تؤخذ من العطاء و عطاؤه بالبصرة بخلاف ما إذا قلت العاقلة) بموت بعضهم (بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل فى النسب لأن فى النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال و فى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه) أى فى الضم (تقرير الحكم الأول لا إبطاله و على هذا) أى على الحكم المذكور (لو كان القاتل مسكنه بالكوفة و ليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة و لو كان قضى بها) أى بالدية (على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم و كذا البدوى إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان و بعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم) أى عن عاقلته بالبادية (و هذا) أى هذا الذى قلنا من عدم انتقال العقل عن أهل الكوفة بعد القضاء عليهم إلى أهل البصرة (بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الامام فى العطاء حيث

تصير الدية في أعطياتهم و إن كان قضى بها أول مرة في أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها في أموالهم و أعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء و الأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل و العطاء دراهم فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر. قال و عاقلة المعتق قبيلة مولاه لأن النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة و السلام مولى القوم منهم. قال و مولى الموالاة يعقل عنه مولاه و قبيلته لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و قد مر في كتاب الولاء. قال و لا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية

تصير الدية في أعطياتهم و إن كان قضى بها) أي بالدية (أول مرة في أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها) أي بالدية (في أموالهم و أعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء و الأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل و العطاء دراهم فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن يقضى ذلك) أي الابل (من مال العطاء) بأن يشترى الإبل من مال العطاء (لأنه أيسر) أي لأن الأداء منه أيسر. (قال) أي القدوري (و عاقلة المعتق) بفتح التاء (قبيلة مولاه لأن النصرة بهم) و هذا لا اختلاف فيه و لا يعقل المولى الأسفل من الأعلى و به (١) قال أصحاب مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قال في قول يعقل (يؤيد ذلك) أي كون عاقلة المعتق مولاه (قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (مولى القوم منهم) هذا الحديث تقدم في الزكاة (٢). (قال) أي القدوري (و مولى الموالاة يعقل عنه مولاه و قبيلته) أي قبيلة مولاه (لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى) و أحمد (٣) رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذي هو معهم (و قد مر في كتاب الولاء) يعني أن عقد الموالاة ليس بشيء عند الشافعي رحمه الله تعالى. (قال) أي القدوري (و لا تعقل (٤) العاقلة أقل من نصف عشر الدية

---

(١) و به قال أصحاب مالك الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٥١٧ ج٩. (٢) الزكاة ص٢٠٦ ج٤.
(٣) احمد رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغني ص٥١٧ ج٩. (٤) و لا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية أي أقل من أرش الموضحة و هو خمسمائة و هذا خاص فيما دون النفس أما بدل النفس فتحمله العاقلة و إن قل كما لو قتل مائة رجلا حرا فعلى عاقلة كل مائة درهم أو قتل رجل عبدا قيمته مائة مثلا لزمت العاقلة لأن بدل النفس ثبت بالنص وجوبه على العاقلة اه ملخصا من العناية و الكفاية.

و تتحمل نصف العشر فصاعدا و الأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما موقوفا عليه و مرفوعا إلى رسول الله ﷺ لا تعقل العواقل عمدا و لا عبدا و لا صلحا و لا اعترافا و لا ما دون أرش الموضحة و أرش الموضحة نصف عشر بدل النفس و لأن التحمل للتحرز عن الإجحاف و لا إجحاف فى القليل و إنما هو فى الكثير و التقدير الفاصل عرف بالسمع.

قال و ما نقص من ذلك يكون فى مال الجانى و القياس فيه التسوية بين

و تتحمل نصف العشر فصاعدا) و فى بعض النسخ و تعقل نصف العشر فصاعدا و ذلك لما قال محمد رحمه الله تعالى فى كتاب (١) الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم رحمه الله تعالى قال لا تعقل العاقلة فى أدنى من الموضحة و أرش الموضحة نصف عشر بدل النفس (و الأصل فيه) أى فى هذا الباب (حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما موقوفا عليه و مرفوعا إلى رسول الله ﷺ لا تعقل العواقل عمدا و لا عبدا و لا صلحا و لا اعترافا و لا ما دون أرش الموضحة) ذكر الاترازىؒ هذا بقوله و ذكر أصحابنا فى كتبهم عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما إلى آخره ثم قال وذكر أبو عبيدؒ هذا الحديث بإسناده إلى الشعبى رحمه الله تعالى و جعله من كلامه و لم يذكر قوله و لا ما دون أرش الموضحة انتهى قلت الموقوف ما ذكره (٢) محمد بن الحسن الشيبانىؒ فقال حدثنى عبدالرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبدالله عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا و لا صلحا و لا اعترافا و لا ما جنى المملوك و أما المرفوع فغريب و ليس فى الحديث أرش الموضحة و لكن أخرج (٣) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه عن النخعى رحمه الله تعالى قال لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة و لا تعقل العمد و لا الصلح و لا الاعتراف (و أرش الموضحة نصف عشر بدل النفس و لأن التحمل للتحرز عن الإجحاف و لا إجحاف فى القليل و إنما هو فى الكثير و التقدير الفاصل عرف بالسمع) أراد بالفاصل هو الفاصل بين أرش الموضحة و بين ما دونه فى التحمل و عدمه و هو عرف بالنص و هو الذى ذكره ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و ابراهيم النخعى و الشعبى رحمهما الله تعالى. (قال) أى القدورىؒ (و ما نقص من ذلك) أى من نصف عشر الدية (يكون فى مال الجانى و القياس فيه) أى فى العقل (التسوية بين

---

(١) كتاب الآثار فى القصاص و الحدود باب دية الخطاء و ما تعقل العاقلة ص١٤٦. (٢) ذكره محمد بن الحسن الشيبانىؒ فى الموطا فى الديات باب دية العمد ص٢٩٣ و قال العثمانىؒ فى الاعلاء: سنده صحيح. (٣) أخرج ابن أبى شيبةؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٣٩٩ ج٤.

القليل و الكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله تعالى أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء إلا أنا تركناه بما رويناه و بما روى أنه عليه الصلاة و السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة و هو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذا بالقياس. قال و لا تعقل العاقلة جناية العبد و لا ما لزم بالصلح أو باعتراف الجاني لما رويناه و لأنه لا تناصر بالعبد و الإقرار و الصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم.

القليل و الكثير) في التحمل (فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله تعالى أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء) لعدم صدور الجناية عنهم (إلا أنا تركناه) أي القياس (بما رويناه) أشار به إلى أحاديث النبي ﷺ ذكرناه في كتاب الجنايات و غيرها (و بما روى أنه عليه الصلاة و السلام) أي أن النبي ﷺ (أوجب أرش الجنين على العاقلة) و قد تقدم هذا في (١) الجنين أن الأئمة الستة أخرجوه (و هو) أي أرش الجنين (نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه) أي فما دون أرش الجنين (يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم) أي ضمان المال المتلف بتقويم المقومين (فلهذا) أي فلأجل ذلك (كان في مال الجاني أخذا بالقياس) لأن الأصل وجوب ضمان الجناية على الجاني. (قال) أي القدوري (و لا تعقل (٢) العاقلة جناية العبد) أي جناية العبد بنفسه و هو إضافة المصدر إلى الفاعل (و لا ما لزم (٣) بالصلح) أي و لا تعقل العاقلة ما لزم بصلح أولياء المجني عليه مع الجاني لقصور ولاية المصالح عن العاقلة (أو باعتراف (٤) الجاني) أي أو ما لزم بإقرار الجاني أي و لا تعقل العاقلة أيضا ما لزم بإقرار الجاني لقصور ولاية المقر عن العاقلة (لما رويناه) أشار به إلى ما ذكره محمد بن الحسن عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و قد مر عن قريب (و لأنه) دليل معقول أي و لأن الشأن (لا تناصر بالعبد) لعجزه (و الإقرار) أي إقرار الجاني (و الصلح) أي صلح الجاني (لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) أي لقصور ولاية العبد و المقر بالجناية و المصالح عن

---

(١) في الجنين ص ٧٥ ج ١٦. (٢) و لا تعقل العاقلة جناية العبد الخ أي بل يتحمل ذلك الجاني وحده أي و لو حكما كمولى العبد كما أفاده القهستاني شامي. (٣) و لا ما لزم بالصح أي عن دم عمد أو خطأ اه ط فانه على القاتل حالا إلا إذا أجل قهستاني شامي الظاهر تقييد الصلح في الخطأ بما إذا كان بدل الصلح خلاف جنس الدية و إلا كان الصلح إبراء عن البعض و هو يظهر في حق العاقلة تأمل فلولي الجناية مطالبة القاتل حالا و العاقلة بنجوم الدية رافعي. (٤) أو باعتراف الجاني أي بقتل خطأ فانه على المقر في ثلاث سنين شامي عن اتقاني.

قال إلا أن يصدقوه لأنه ثبت بتصادقهم و الإمتناع كان لحقهم و لهم ولاية على أنفسهم و من أقر بقتل خطأ و لم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى و لو تصادق القاتل و ولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة و كذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم و لم يكن عليه شيء في ماله لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء و تصادقهما حجة في حقهما بخلاف الأول إلا أن يكون له

العاقلة. (قال) أي القدوريّ (إلا أن (١) يصدقوه) أي إلا أن يصدق العاقلة المقر في إقراره فحينئذ يلزمهم تحمل العقل (لأنه ثبت بتصادقهم) أي بتصادق العاقلة (و الامتناع) أي إمتناع الوجوب عليهم (كان لحقهم و لهم ولاية على أنفسهم) فيصح تصديقهم و يلزمهم (و من أقر بقتل خطأ و لم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه) أي على المقر (بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى) يعني أن البينة حجة متعدية و الإقرار حجة قاصرة فعلى هذا يكون البينة أقوى من الإقرار ثم الدية في القتل الثابت بالبينة إذا كان خطأ تجب مؤجلة من وقت القضاء لا من وقت الموت ففي القتل الثابت بالإقرار أولى أن تجب الدية مؤجلة من وقت القضاء لا من وقت الموت لأن الإقرار أدنى من البينة (و لو تصادقا القاتل و ولي الجناية) كذا وقع في بعض النسخ تصادقا بصيغة التثنية و هذا لا يجيء إلا على لغة الحلوى العواصب و في عامة النسخ و لو تصادق القاتل و ولي الجناية (على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة و كذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم) أي على العاقلة (و لم يكن عليه) أي على القاتل (شيء في ماله) أيضا بهذا التصادق (لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء و تصادقهما حجة في حقهما بخلاف الأول) أراد به ما إذا أقر بقتل خطأ حيث يقضى عليه بالدية في ماله لأن إقراره حجة على نفسه و يدعى ولي القتيل عليه أيضا و ههنا فيما نحن فيه لا يدعي ولي القتيل عليه لأنه تصادق مع القاتل أن الدية على العاقلة و قد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على القاتل شيء (إلا (٢) أن يكون له)

---

(١) إلا أن يصدقوه في إقراره أو تقوم حجة در مختار هذا إذا أقامها قبل أن يقضى بها القاضي أي بالدية على المقر أما لو قضى بها في ماله ثم أقامها ليحولها إلى العاقلة لم يكن له ذلك لأن المال قد وجب عليه بقضاء القاضي فلا يكون له أن يبطل قضاءه ببينته صرح به في المبسوط للسرخسيّ ص ١٤٠ ج٢٧. (٢) إلا أن يكون الخ. و بهذا تبين أن القاتل إنما يكون أحد العواقل عندنا إذا كان له عطاء في الديوان فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه =>

عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لأنه في حق حصته مقر على نفسه و في حق العاقلة مقر عليهم. قال و إذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا و في أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى تجب في ماله لأنه بدل المال عنده و لهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت و ما دون النفس من العبد

استثناء من قوله و لم يكن عليه شيء أي إلا أن يكون للقاتل (عطاء معهم) أي مع العاقلة (فحينئذ يلزمه بقدر حصته لأنه في حق حصته مقر على نفسه و في حق العاقلة مقر عليهم) فيؤخذ بما أقر على نفسه. (قال) أي القدوري (و إذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان (١) على عاقلته قيمته (٢)) أي على عاقلة الحر قيمة العبد (لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا) أن الوجوب على العاقلة إذا كان القتيل خطأ (و في أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى تجب في ماله) أي تجب قيمة العبد في مال الحر القاتل و به قال (٣) مالك و احمد رحمهما الله تعالى و في قوله (٤) الثاني تجب على عاقلته كقولنا و هو اختيار المزني رحمه الله تعالى (لأنه) أي لأن الواجب في القتل (بدل المال عنده) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى (و لهذا) أي و لأجل ذلك (يوجب) أي الشافعي رحمه الله تعالى (قيمته بالغة ما بلغت) و نحن نقول الواجب فيه الدية لإطلاق قوله تعالى و دية (٥) مسلمة إلى أهله (و ما دون النفس من العبد) إلى آخر كتاب المعاقل ذكره على سبيل

=> و قد تحول بزعمه إلى عاقلته بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين إلى ذمة المحيل قلنا هذا يستقيم فيما إذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم و هذا صلة لم يكن دينا و إنما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول إليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف كذا في المبسوط للسرخسي ص١٣١ ج٢٧. (١)كان على عاقلته الخ. هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال في مال القاتل كما مر في باب جناية البهيمة تحت مسئلة الاصطدام ص١١٧ ج١٦. (٢)قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة و في الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة و هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى تجب قيمته بالغة ما بلغت و قد مر هذا بالبسط في باب جناية المملوك و الجناية عليه عند مسئلة و من قتل عبدا خطأ إلى آخره ص١٥٩ ج١٦. (٣)و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى كذا في شرح الوجيز ص٤٨٧ ج١٠ و المغني ص٥٠٢ ج٩ و فيه أيضا و هذا قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و الشعبي و الثوري و مكحول و النخعي و البتي و الليث و ابن أبي ليلى و اسحاق و أبي ثور رحمهم الله تعالى اه. (٤)و في قوله الثاني الخ. و هو قوله الجديد كما في شرح الوجيز ص٤٨٧ ج١٠ و به قال عطاء و الزهري و الحكم و حماد رحمهم الله تعالى كما في المغني ص٥٠٢ ج٩. (٥)و دية الآية. النساء: ٩٢.

لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف و في أحد قوليه العاقلة (١) تتحمله كما في الحر و قد مر من قبل قال أصحابنا رحمهم الله تعالى إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته و ليس بعضهم أخص من بعض بذلك و لهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواية شاذة أن الدية في ماله و وجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف و الإتلاف منه إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر و إذا (٢)

التفريع (لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف و في أحد قوليه) أي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى (تتحمله العاقلة كما في الحر و قد مر من قبل) أي (٣) في أول فصل بعد باب جناية المملوك (قال أصحابنا رحمهم الله تعالى إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة) بأن كان لقيطا و نحوه (٤) (فالدية (٥) في بيت المال) يعني إذا كان (٦) القاتل مسلما بدليل قوله (لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته و ليس بعضهم أخص من بعض بذلك و لهذا إذا مات) أي القاتل الذي ليس له عاقلة (كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال) لأن الغرم بالغنم (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواية شاذة أن الدية في ماله) روى هذه الرواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى و هي رواية أحمد رحمه الله تعالى أيضا و بالأولى قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و وجهه) أي وجه ما ذكر من الرواية الشاذة (أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف و الإتلاف منه إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر (٧) فإذا

---

(١) العاقلة تتحمله. ن. تتحمله العاقلة. (٢) و إذا. ن. فاذا. (٣) أي في أول فصل الخ. كذا قاله صاحب الغاية و اقتفى أثره صاحب العناية و الشارح العيني لكن هذه الحوالة غير رائجة قطعا إذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس و لا تحملها دية النفس لا عند الشافعي رحمه الله تعالى و لا عندنا نتائج الأفكار. (٤) و نحوه كحربي أسلم در مختار أي و لم يوال أحدا رد المحتار. (٥) فالدية في بيت المال في ظاهر الرواية و عليه الفتوى در مختار عن درر و بزازية. (٦) إذا كان القاتل مسلما أما إذا كان ذميا و لا عاقلة له فالدية في ماله لا في بيت المال كفاية و ذكر في كتاب الولاء من الأصل أن بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا للميراث بأن كان حرا مسلما أو لم يكن مستحقا بأن كان كافرا أو عبدا و قال لو أن حربيا مستأمنا اشترى عبدا مسلما في دار الاسلام و أعتقه ثم عاد المستأمن إلى دار الحرب ثم أسر و أخرج إلى دار الاسلام ثم مات معتقه فميراثه يكون لبيت المال لأن معتقه دقيق في الحال و لو جنى هذا المعتق فعقل جنايته يكون عليه و لا يكون على بيت المال لأن له وارثا معروفا و هو المعتقل و إن كان المعتق لا يستحق ميراثه لأجل الرق و هو الصحيح خانية. (٧) على ما مر في أوائل كتاب المعاقل ص ٢٢٩ ج ١٦.

لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل و ابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه لأن نسبه ثابت منها دون الأب فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب و متى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون في ذلك و كذلك إن مات المكاتب عن وفاء و له ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه و عقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب و هو آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين (١) أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم

لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل) و هو وجوب المال على الجاني (و ابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه لأن نسبه ثابت منها دون الأب فإن عقلوا عنه) أي عن ابن الملاعنة (ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب و متى ظهر (٢) من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم) في ثلاث سنين و في المحيط هذا عندهما و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يرجعون حالا بما أدوا (لأنهم (٣) مضطرون في ذلك) أي لأن قوم الأم مضطرون في تحمل الدية (و كذلك) أي الحكم (إن مات المكاتب عن وفاء (٤) و له ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه و عقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب و هو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم) في ثلاث

(١) فيتبين. ن. فتبين. (٢) متى ظهر من الأصل أي متى ظهر أن النسب كان ثابتا منه من الأصل زيلعي. (٣) لأنهم مضطرون في ذلك حيث تحملوا بإلزام القاضي و هذا نفي لجهة التبرع كفاية و لو أن ابن الملاعنة قتل رجلا خطأ فقضى القاضي بالدية على عاقلة الأم فأدوا الثلث ثم ادعاه الأب و حضروا جميعا فانه يقضي لعاقلة الأم بالثلث الذي أدوا على عاقلة الأب لأنهم ما كانوا متبرعين في أداء ذلك و يبدأ بهم في سنة مستقبلة قبل أهل الجناية و يبطل الفضل عن عاقلة الأم و يقضي بالثلثين الباقيين على عاقلة الأب في السنتين بعد السنة الأولى و لا يسترد من ولي الجناية ما أخذ من عاقلة الأم ثم في السنة الأولى بعد القضاء ليس لولي الجناية أن يستوفي منهم شيئا و على هذا ابن المكاتب مبسوط سرخسي ملخصا. (٤) عن وفاء أي عن مال يعني بما كان عليه مغرب.

و كذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة و فى مال الآمر إن كانت ثبت باقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر أو على عاقلته لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله تعالى متفرقة و الأصل الذى يخرج (١) عليه أن يقال حال القاتل إذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأول (٢) قضى بها أو لم يقض و إن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع و لو لم يختلف حال الجانى و لكن العاقلة تبدلت كان الإعتبار فى ذلك لوقت القضاء فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية و إن

سنين لأنهم مضطرون و بقولنا قال مالك رحمه الله تعالى و عند الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى يبطل فلا يتحول الولاء (و كذلك) أى الحكم إذا كان (رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت (٣) عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة و فى مال الآمر إن كان ثبت بإقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر) أى إذا ثبت بإقراره (أو على عاقلته) أى إذا ثبت بالبينة (لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير) لأن الأصل فى وجوب الديات هو الأجل للتيسير إلا إذا ثبتت الدية بالصلح فذلك لا أجل له إلا إذا اشترط (قال) أى المصنف (ههنا عدة مسائل) أى فى المعاقل مسائل عديدة (ذكرها محمد رحمه الله تعالى متفرقة) فى مواضع لا فى موضع واحد (و الأصل الذى تخرج عليه) أى تلك المسائل (أن يقال حال القاتل إذا تبدل حكما) أى من حيث الحكم (فانتقل ولاؤه إلى ولاء) أى ولاء آخر (بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأولى قضى بها أو لم يقض) هذا هو الأصل الأول و الأصل الثانى هو قوله (و إن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع) و الأصل الثالث هو قوله (و لو لم يختلف حال الجانى و لكن العاقلة تبدلت) بأن كان القاتل من أهل الكوفة و له بها عطاء ثم نقل ديوانه إلى البصرة (كان الاعتبار فى ذلك) أى فى التبدل (لوقت القضاء فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية و إن

---

(١)يخرج.ن.تخرج. (٢)الأول.ن.الأولى. (٣)فضمنت عاقلة الصبى الخ. و إن كانوا اجتمعوا فى أول الأمر قضى القاضى بها لولى الجناية على عاقلة الصبى و لعاقلة الصبى على عاقلة الآمر فكلما أخذ ولى الجناية من عاقلة الصبى شيئا أخذت عاقلة الصبى من عاقلة الآمر مثل ذلك مبسوط سرخسى.

لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضى بها على الثانية و إن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء و بعده إلا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الأصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر و الأضداد و الله أعلم بالصواب.

لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضى بها على الثانية) نظير الأصل الأول مولود بين عبد و حرة جنى ثم أعتق أبوه لا تتحول الجناية عن عاقلة الأم و من نظيره حربى أسلم و والى مسلما في دار الاسلام ثم جنى جناية عقلت عنه عاقلة الذى و الاه ثم لا يكون له أن يتحول بولائه بعد الجناية فان عقلوا عنه أو لم يقض بها حتى أسر أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل و أعتقه جر ولاء إبنه لكن لا ترجع عاقلة الذى كان والاه على عاقلة موالى الأب لأنه أمر حادث و صورة الأصل الثانى قتل ابن الملاعنة رجلا خطا تعقل عنه عاقلة الأم لأن نسبه ثابت من الأم فان عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب و من نظير الأصل الثالث ما إذا كان القاتل من أهل الكوفة و له بها عطاء و لم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه إلى البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة و على قول زفر رحمه الله تعالى يقضى على عاقلته من أهل الكوفة و هو رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى (و إذا كانت العاقلة واحدة فلحقها (١) زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء و بعده إلا فيما سبق أداؤه) يعنى لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم (فمن أحكم هذا الأصل) حال كونه (متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر و الأضداد) أى و من أضداد هذه المسائل (و الله أعلم بالصواب).

---

(١) فلحقها زيادة أو نقصان فنظير الزيادة ما حول ديوانه إلى العاقلة بعد القضاء عليه يشاركهم المضموم إليهم فيما يؤدون بعد التحويل و نظير النقصان ما إذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجل في عطائه ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم و قد كان يصيبه قبل النقصان أقل من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم و إن قلت العاقلة حتى يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ضم إليهم أقرب القبائل في النسب حتى يصيبه في عطائه ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم و هذا لأن في إيجاب الزيادة عليهم إجحافا بهم و لأنه متى حزبهم أمر و لا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بأنفسهم فانما يستعينون بأقرب القبائل إليهم فكانوا في بعض الأحوال يستنصرون بهم عند الحاجة فلذلك يضمون إليهم في تحمل العقل عند الحاجة اهـ كفاية.

كتاب الوصايا

(كتاب (١) الوصايا)

أى هذا كتاب فى بيان أحكام الوصايا ذكرها فى آخر (٢) الكتاب لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت و الموت آخر أحوال الآدمى فناسب ذكرها فى آخر الكتاب و هو جمع وصية و الوصية (٣) و الوصاة إسمان بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية قال الله تعالى ﴿من بعد (٤) وصية توصون بها﴾ و الوصاية بالكسر مصدر لوصى و قيل الإيصاء طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته و بعد وفاته و معناها فى الشرع تمليك (٥) مضاف (٦) إلى ما بعد الموت سواء كان فى المنافع أو فى الأعيان و هى مشروعة بالكتاب و السنة و الإجماع و شرطها كون الموصى أهلا للتمليك و الموصى له أهلا للتملك و الموصى به بعد موت الموصى مالاً قابلا للتمليك و شرائطها كثيرة تأتى فى أثناء المسائل و ركنها (٧) قوله أوصيت بكذا لفلان

---

(١)كتاب الوصايا. إيراده فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة لأن آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت و الوصية معاملة وقت الموت و له زيادة اختصاص بكتاب الجنايات و الديات لما أن الجناية قد تفضى إلى الموت الذى وقته وقت الوصية عناية. (٢)ذكرها فى آخر الكتاب و المراد أنه آخر إضافى لا حقيقى لأنه ذكر بعدها كتاب الخنثى كما أفاده الطورى. (٣)الوصية الخ. كذا فى المغرب و فى القاموس: أوصاه و وصاه توصية عهد إليه و الاسم الوصاة و الوصاية و الوصية اه و فى الصحاح: أوصيت له بشيء و أوصيت إليه إذا جعلته وصيك و الاسم الوصاية بفتح الواو و كسرها و أوصيته و وصيته إيصاء و توصية بمعنى و الاسم الوصاة اه. و فى الشامية عن المصباح: وصيت إلى فلان توصية و أوصيت إليه إيصاء و الاسم الوصاية بالكسر و الفتح لغة و أوصيت إليه بمال جعلته له اه و فى العمدة: قال الأزهرى الوصية من وصيت الشيء بالتخفيف أصيه إذا وصلته و سميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان فى حياته بما بعد مماته اه و فى الشامية: الوصايا أصله وصايى فقلبت الياء الأولى همزة لوقوعها بعد ألف مفاعل ثم أبدلت كسرتها فتحة فانقلبت الياء الأخيرة ألفا ثم أبدلت الهمزة ياء لكراهة وقوعها بين ألفين اه. (٤)من بعد وصية الآية. النساء:١٢. (٥)تمليك الخ. يعنى بطريق التبرع زيلعى قيد به لاخراج التمليك بعوض كالبيع و الاجارة شامى. (٦)مضاف إلى ما بعد الموت هذا احتراز عن نحو الهبة فانها تمليك تبرع للحال شامى. (٧)ركنها الخ. هذا يشير إلى أن ركن الوصية الايجاب فقط و القبول شرط لا ركن ففى الهندية عن الوجيز للكردرى: و يشترط فى الوصية القبول صريحا أو دلالة و ذلك بأن يموت الموصى له قبل الرد و القبول فيكون موته قبولا فترتها ورثته اه لكن ذكر فى البدائع ما نصه: و أما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى هو الايجاب و القبول الايجاب من الموصى و القبول من الموصى له فما لم يوجدا جميعا لا يتم الركن و إن شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصى و عدم الرد من الموصى له و هو أن يقع اليأس عن رده و هذا أسهل لتخريج المسائل و قال زفر رحمه الله تعالى الركن هو الايجاب من الموصى فقط اه قال فى الشامية: و ما فى البدائع هو الموافق لما يذكرونه فى سائر العقود كالبيع و نحوه من أن الركن كل منهما اه.

باب في صفة الوصية (١) ما يجوز من ذلك و ما يستحب منه و ما يكوْن رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة و هي مستحبة

و ما يجرى (٢) مجراه من الألفاظ المستعملة فيها و حكمها أن يملك الموصى له الموصى به ملكا جديدا كما يملك بالهبة و سببها (٣) سبب التبرعات و الله أعلم.

(باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك و ما يستحب منه و ما يكون رجوعا عنه) لما كان الكتاب مشتملا على الأبواب و الأبواب مشتملة على الفصول ذكرها واحدا بعد واحد أى هذا باب في بيان صفة الوصية إلى آخره. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (الوصية غير واجبة و هى (٤) مستحبة) إنما قال مستحبة بعد نفى الوجوب ردا لقول البعض إنها واجبة لأنه لا يلزم الاستحباب من نفى الوجوب لجواز الإباحة و ذلك لأن الوصية مشروعة لنا لا علينا لما روى (٥) الطحاويّ باسناده إلى أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إن الله عزوجل جعل لكم ثلث أموالكم آخر أعماركم زيادة في أعمالكم و المشروع لنا لا يكون فرضا و لا واجبا بل يكون مندوبا و قال (٦) ابن عبدالبرّ أجمع أهل العلم على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حقوق بغير بينة و أمانة بغير إشهاد إلا طائفة شذت فاوجبتها روى عن الزهرى رحمه الله تعالى أنه قال جعل الله الوصية حقا مما قل أو كثر و قيل لأبى مجلز رحمه الله تعالى على كل ميت

(١)الوصية. ن. الوصاية. (٢)و ما يجرى مجراه الخ. في الخانية: قال أوصيت لفلان بكذا و لفلان بكذا و جعلت ربع دارى صدقة لفلان قال محمد رحمه الله تعالى أجيز هذا على الوصية و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في سؤال عرض عليه و أما قوله جعلت هو وصية لا يشترط فيها القبض و الافراز اه ملخصا و في الشامية عن النهاية: و أما بيان الألفاظ المستعملة فيها ففي النوادر عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال اشهدوا أنى أوصيت لفلان بألف درهم و أوصيت أن لفلان في مالى ألف درهم فالأولى وصية و الأخرى إقرار و في الأصل قوله سدس دارى لفلان وصية و قوله لفلان سدس في دارى إقرار و على هذا قوله لفلان ألف درهم من مالى وصية استحسانا إذا كان في ذكر وصيته و في مالى إقرار و إذا كتب وصيته بيده ثم قال اشهدوا على ما في هذا الكتاب جاز استحسانا و إن كتبها غيره لم يجز اه ملخصا. (٣)سببها سبب التبرعات و هو تحصيل ذكر الخير في الدنيا و وصول الدرجات العالية في العقبى نهاية و هذا في المستحبة أما الواجبة فالظاهر أن سببها سبب الاداء و هو خطاب الله تعالى بأداء تلك الواجبات و قد قالوا إن القضاء يجب بما يجب به الأداء تدبر اه شامية. (٤)و هى مستحبة هذا إذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى فان كان عليه حق مستحق لله تعالى كالزكاة أو الصيام أو الحج أو الصلاة التى فرط فيها فهى واجبة زيلعى. (٥)روى الطحاويّ في الوصايا ص٣٨٨ ج٢ و ابن ماجةّ فيه باب الوصية بالثلث ص١٩٩. قال ابن حجرّ في التلخيص (ص٩١ ج٣) إسناده ضعيف اه و قال الزيلعيّ في نصب الراية (ص٤٠٠ ج٤) و رواه البزار في مسنده و قال لا نعلم رواه عن عطاء إلا طلحة بن عمرو و هو و إن روى عنه جماعة فليس بالقوى اه. (٦)قال ابن عبدالبرّ الخ. كذا في المغنى لابن قدامةّ ص٤١٥ ج٦.

و القياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته و لو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى إلا

وصية قال نعم إن ترك خيرا و قال أبو بكر عبد العزيز رحمه الله تعالى هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون و هو قول أصحاب الظواهر و حكى ذلك عن مسروق و طاووس و أياس و قتادة و ابن جرير رحمهم الله تعالى و قال بعضهم هي واجبة في حق الوالدين و الأقربين لقوله تعالى ﴿كتب (١) عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا (٢) الوصية للوالدين و الأقربين﴾ قلنا الآية منسوخة بقوله تعالى ﴿للرجال (٣) نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون﴾ قاله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و قال ابن عمر رضى الله تعالى عنهما نسختها آية المواريث و به قال (٤) عكرمة و مجاهد و مالك و الشافعي و أكثر أئمة التفسير رحمهم الله تعالى و قال أصحابنا نسخت بقوله عليه الصلاة و السلام إن الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم أبو أمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه أخرج (٥) حديثه أبو داودؒ و الترمذىؒ و ابن ماجةؒ عن اسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم الخولانى عن أبى أمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول فى خطبته عام حجة الوداع إن الله تبارك و تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث و قال (٦) الترمذىؒ حديث حسن و هو مشهور تلقته العلماء بالقبول و قال الأترازىؒ و نسخ الكتاب بمثله جائز عندنا و هو حجة على الشافعي رحمه الله تعالى حيث يعتقد عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة و قد انتسخ بها (و القياس يأبى جوازها) أى جواز الوصية (لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته و لو أضيف) أى التمليك (إلى حال قيامها) أى قيام المالكية (بأن قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى) بالبطلان (إلا

---

(١) كتب عليكم الآية. البقرة: ٨٠. (٢) خيرا أى مالا قاله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و مجاهد و عطاء و سعيد بن جبير و أبو العالية و عطية العوفى و الضحاك و السدى و الربيع بن أنس و مقاتل بن حيان و قتادة و غيرهم رحمهم الله تعالى عمدة القارى. (٣) للرجال الآية. النساء: ٧. (٤) و به قال عكرمةؒ الخ. و روى ذلك أيضا عن أبى موسى رضى الله تعالى عنه و سعيد بن المسيب و الحسن و عطاء و سعيد بن جبير و محمد بن سيرين و زيد بن اسلم و الربيع بن أنس و قتادة و السدى و مقاتل بن حيان و طاوس و ابراهيم النخعى و شريح و الضحاك و الزهرى رحمهم الله تعالى عمدة القارى. (٥) أخرج حديثه أبو داودؒ فى الوصايا باب ما جآء فى الوصية للوارث ص ٤٠ ج٢ و الترمذىؒ فيه باب ما جآء لا وصية لوارث ص٣٣ ج٢ و ابن ماجةؒ فيه باب لا وصية لوارث ص١٩٩. (٦) قال الترمذىؒ حديث حسن و قال ابن حجرؒ فى الدراية: إسناده قوى اه و قال البيهقىؒ (فى الوصايا ص٢٦٤ ج٦) سمعت احمد بن حنبل يقول اسماعيل بن عياش ما روى عن الشاميين صحيح و ما روى عن أهل الحجاز فليس بصحيح و كذلك قاله البخارى و جماعة من الحفاظ رحمهم الله تعالى و هذا الحديث إنما رواه اسماعيل عن شامى اه.

أنا استحسناها لحاجة الناس إليها فإن الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض و خاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي و لو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي و في شرع الوصية ذلك فشرعناه و مثله في الاجارة بيناه و قد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين و قد نطق به الكتاب و هو قوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ و السنة و هو قول النبي عليه الصلاة و السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم

أنا استحسناها) أي الوصية (لحاجة الناس إليها فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله فإذا عرض له المرض و خاف البيات) أي الهلاك و الموت و البيات اسم بمعنى التبييت و هو أن يأتي العدو ليلا (يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط) أي إلى تدارك بعض ما سبق منه من التقصير (بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي و لو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي و في شرع الوصية ذلك) أي تلافي بعض ما فرط منه (فشرعناه) يعني الشارع شرعها (و مثله في الإجارة بيناه) يعني كما أن الوصية لا تجوز في القياس و تجوز في الاستحسان فكذلك الإجارة لا تجوز في القياس لأنها تمليك منفعة معدومة و لكنها جوزت استحسانا دفعا لحاجة الناس (و قد تبقى المالكية) جواب عن وجه القياس أي قد يبقى بعض المالكية (بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز) أي تجهيز الميت فإن قدر تجهيزه على ملكه بتقدير الحاجة إليه (و الدين) أي قدر الدين لأن قدر ما عليه من الدين لا يملكه الورثة (و قد نطق به الكتاب) أي و قد نطق بجواز الوصية القرآن (و هو قوله تعالى ﴿من بعد (١) وصية يوصى بها أو دين﴾) و كذلك قوله تعالى ﴿إن (٢) ترك خيرا الوصية﴾ (و السنة) أي و قد نطقت به السنة أيضا (و هو قول النبي ﷺ إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم) قد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث رواه أبو هريرة رضي الله تعالى عنه و أخرجه (٣) الطحاوي و أخرجه ابن ماجة أيضا و لفظه إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم و روى (٤) الدارقطني بإسناده إلى أبي أمامة عن معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال إن الله عزوجل قد تصدق عليكم بثلث

(١)من بعد وصية الآية. النساء: ١١. (٢)إن ترك الآية. البقرة: ١٨٠. (٣)أخرجه الطحاوي الخ. قد مضى تخريجه آنفا. (٤)روى الدارقطني في الوصايا ص ١٥٠ ج٤ و في إسناده اسماعيل بن عياش و شيخه عتبة بن حميد و هما ضعيفان كذا في التلخيص ص ٩١ ج٣.

و عليه إجماع الأمة ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما رويناه و سنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى. قال و لا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه الثلث و الثلث كثير

أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زكاة في أعمالكم و روى أحمد في مسنده عن أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم و روى ابن عدي و العقيلي في كتابيهما عن مكحول عن الصنابحي أنه سمع أبا بكر الصديق رضي الله تعالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله عزوجل قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم و إسناده (١) ضعيف و روى الطبراني في معجمه بإسناده إلى خالد (٢) بن عبيد الله السلمي رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال إن الله عزوجل أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم انتهى و انظر التفاوت بين الحديث الذي ذكره المصنف و بين هذه الأحاديث (و عليه إجماع الأمة) يعني على كون الوصية مشروعة أجمعت الأمة (ثم تصح (٣)) أي الوصية (للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة و السلام بثلث أموالكم من غير تقييد باجازة (و سنبين ما هوالأفضل فيه إن شاء الله تعالى) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية أشار بذلك إلى ما قال بعد عشرة أوراق بقوله و يستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث. (قال) أي القدوري (و لا تجوز) أي الوصية (بما زاد على الثلث) و هذا عند وجود الورثة باجماع أهل العلم رحمهم الله تعالى عند عدم إجازة الورثة و تجوز عند إجازتهم (لقول النبي ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه (الثلث و الثلث كثير) هذا الحديث أخرجه (٤) الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن

---

(١) إسناده ضعيف لأن فيه حفص بن عمر بن ميمون و هو متروك كما في التلخيص. (٢) خالد بن عبيدالله السلمي رضي الله تعالى عنه و هو مختلف في صحبته رواه عنه ابنه الحارث و هو مجهول كذا في التلخيص. (٣) ثم تصح للأجنبي في الثلث عند عدم المانع من قتل أو حرابة أو استغراق بالدين أو نحو ذلك شامية. (٤) أخرجه الأئمة الستة الخ. قلت أخرجه البخاري في الجنائز باب رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة رضي الله تعالى عنه ص١٧٣ ج١ و في الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ص٣٨٢ ج١ و باب الوصية بالثلث ص٣٨٣ ج١ و في بدء الخلق باب قول النبي ﷺ اللهم أمض لأصحابي هجرتهم ص٥٦٠ ج١ و في المغازي باب حجة الوداع ص٦٣٢ ج٢ و في النفقات باب فضل النفقة على الأهل ص٨٠٦ ج٢ و في المرضى باب وضع اليد على المريض ص٨٤٥ ج٢ و باب قول المريض إني وجع ص٨٤٦ ج٢ و في الدعوات باب الدعاء برفع الوباء و الوجع ص٩٤٣ ج٢ و في الفرائض باب ميراث البنات ص٩٩٧ ج٢ و مسلم في الوصية ص٤٠ ج٢ و اللفظ له و أبو داود في الوصايا باب ما جآء فيما يجوز للموصي في ماله ص٣٩ ج٢ و الترمذي فيه باب ما جآء في الوصية بالثلث ص٣٣ ج٢ و النسائي فيه باب الوصية بالثلث ص١٢٩ ج٢ و ابن ماجة فيه باب الوصية بالثلث ١٩٨.

بعد ما نفى وصيته بالكل و النصف و لأنه حق الورثة و هذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم و هو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به إلا أن الشرع لم يظهره فى حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه و أظهره فى حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار

أبى وقاص رضى الله تعالى عنه أنه قال يا رسول الله إن لى مالاً كثيرا و إنما يرثنى ابنتى أ فأوصى بمالى كله قال لا قال فبالثلثين قال لا قال فبالنصف قال لا قال فبالثلث قال الثلث (١)و الثلث كثير (بعد ما نفى) أى بعد ما نفى النبى ﷺ (وصيته) أى وصية سعد رضى الله تعالى عنه (بالكل) أى بكل المال (و النصف) أى و نصف المال يدل هذا على عدم الجواز بأكثر من الثلث و إذا لم يكن له وارث تجوز الوصية بالكل و به قال (٢) الحسن البصرى و شريك القاضى و إسحاق بن راهويه رحمهم الله تعالى و قال (٣) الشافعى و مالك و أحمد و ابن شبرمة و الأوزاعى و الحسن بن حى و أبو سليمان و أصحاب الظاهر رحمهم الله تعالى ليس له أن يوصى بأكثر من الثلث (و لأنه حق الورثة) أى و لأن الزائد على الثلث حق الورثة (و هذا) توضيح لما قبله (لأنه انعقد (٤) سبب الزوال إليهم) أي انعقد سبب زوال الملك عنه إلى الورثة لأن المرض سبب الموت (و هو استغناؤه عن المال) يعني أن الميت لما استغنى عن المال تعلق حق الورثة به ليعود نفعه إلى أقرب الناس منه و هو معني قوله (فأوجب تعلق حقهم به) أى بالمال (إلا أن الشرع) أى غير أن الشرع (لم يظهره) أى لم يظهر الاستغناء (فى حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه) أشار به إلى ما ذكره فى وجه الاستحسان (و أظهره) أى و أظهر الاستغناء (فى حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم) أى لا يتصدق بالثلث على الورثة (تحرزا) أى احترازا (عما يتفق من الإيثار) أى من إيثار الموصي بعض الورثة علي البعض فى الوصية لأنه حينئذ يتأذى البعض الآخر فيفضي ذلك إلي

---

(١)الثلث يجوز فيه النصب و الرفع فالنصب على الاغراء أو على تقدير أعط الثلث و الرفع علي أنه فاعل أى يكفيك الثلث أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عسكه عمدة القارى. (٢)و به قال الحسن البصرىّ الخ. كذا فى العمدة و فيها أيضا و به قال ابن مسعود و أبو موسى رضى الله تعالى عنهما و مسروق و عبيدة و أبو العالية رحمهم الله تعالى و احمد رحمه الله تعالى فى رواية و مالك رحمه الله تعالى فى قول اه. (٣)قال الشافعىّ الخ. كذا فى الاعلاء عن المحلي لابن حزم و فى العمدة: و به قال زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه. (٤)لأنه انعقد سبب الزوال إليهم. أقول فرق بين انعقاد السبب و تحققه كما يعلم من الكافى حيث قال لأن المرض سبب الموت و بالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه و لو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى و فى مباحث العلة من كتب الأصول أن المرض علة تشبه الأسباب اه سعدية.

على ما نبينه و قد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر و فسروه بالزيادة على الثلث و بالوصية للوارث. قال إلا أن يجيزها الورثة بعد موته

قطع الرحم و هو حرام بالنص (على ما نبينه) أشار به إلى قوله بعد هذا و لا تجوز لوارثه لأنه يتأذى البعض بإيثار البعض (و قد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر) قال الاترازي و لنا في صحة هذا الحديث نظر و مع هذا يروى الحيف بالحاء المهملة المفتوحة و بالياء الساكنة يعني الجور و يروى الجنف بالجيم و النون المفتوحتين يعني الميل و منه قوله تعالى ﴿فمن (١) خاف من موص جنفا أو إثما﴾ و في الحديث (٢) إنا نرد من جنف الظالم مثل ما نرد من جنف الموصي انتهى قلت ذكر الكاكي هذا الحديث و سكت عنه و لكن قال روى الجنف بالجيم و النون و كذلك الاكمل ذكره و لم أر أحدا منهم حرر هذا الموضع و الحديث لم يثبت و لهذا قال (٣) المخرج هذا غريب يعني لم يثبت ثم أخرج عن الدارقطني (٤)من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله ﷺ قال الإضرار في الوصية من الكبائر و أخرجه عن النسائي موقوفا و أخرجه عن ابن أبي عدي بلفظ الحيف في الوصية من الكبائر (و فسروه) أي الحيف في الوصية (بالزيادة على الثلث و بالوصية للوارث) يعني كون الحيف من الكبائر في هذين الشيئين.

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (إلا أن يجيزها (٥) الورثة) استثناء من قوله و لا تجوز بما زاد على الثلث أي إلا أن يجيز الورثة الوصية بأكثر من الثلث (بعد موته) أي بعد موت الموصي

(١)فمن خاف الآية. البقرة:١٨٢. الجنف محركة و الجنوف بالضم الميل و الجور و قد جنف في وصيته كفرح و أجنف أو أجنف مختص بالوصية و جنف في مطلق الميل عن الحق قاموس قال الليث: الجنف الميل في الكلام و في الأمور كلها و هو شبيه بالحيف إلا أن الحيف من الحاكم خاصة و الجنف عام. قال الأزهري: أما قوله الحيف من الحاكم خاصة فخطأ الحيف يكون من كل من حاف أي جار و منه قول بعض التابعين "يرد من حيف الناحل ما يرد من جنف الموصي" و الناحل إذا نحل بعض ولده دون بعض فقد حاف و ليس بحاكم و في حديث عروة رضي الله تعالى عنه "يرد من صدقة الجانف في مرضه ما يرد من وصية المجنف عند موته" يقال جنف و أجنف إذا مال و جار فجمع بين اللغتين لسان و تاج. (٢)و في الحديث الخ. كذا في النهاية لابن الأثير. (٣)قال المخرج أي مخرج الأحاديث الزيلعي في نصب الراية ص٤٠١ ج٤. (٤)الدارقطني الوصايا ص١٥١ ج٤ قلت و أخرجه البيهقي في الوصايا باب ما جآء في قوله عزوجل و ليخش الذين لو تركوا من خلفهم الآية ص٢٧١ ج٦ عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مرفوعا و موقوفا فصحح وقفه و ضعف رفعه و لفظ الموقوف هكذا: الجنف في الوصية و الاضرار فيها من الكبائر و في نسخة الحيف مكان الجنف. (٥)إلا أن يجيزها الورثة الخ. أي بعد العلم بما أوصى به أما إذا علموا أنه أوصى بوصايا و لا يعلمون ما أوصى به فقالوا أجزنا ذلك لا تصح إجازتهم خانية عن منتقى. (٥) إلا أن يجيزها الورثة الخ. فاذا أوصى بما زاد على الثلث و لم يكن إلا وارث يرد عليه و أجازها فالبقية له و إن أجاز من لا يرد عليه ففرضه في البقية و باقيها لبيت المال فلو أوصى بثلثي ماله و أجازت الزوجة فلها =>

و هم كبار لأن الامتناع لحقهم و هم أسقطوه و لا معتبر باجازتهم في حال حياته لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه لأن الساقط متلاش غاية الأمر أنه يستند

(و هم (١) كبار) أي و الحال أن الورثة كبار (لأن الامتناع) أي امتناع الوصية (لحقهم) أي لحق الورثة (و هم أسقطوه) أي الورثة أسقطوا حقهم عند الإجازة (و لا (٢) معتبر لإجازتهم في حال حياته) أي حياة الموصي (لأنها) أي لأن الإجازة حال حياة الموصي (قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته) و به قال (٣)الشافعي و أحمد و الثوري و الحسن بن صالح و شريح و طاووس و الحكم و أبو ثور رحمهم الله تعالى و روى ذلك عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و قال الحسن و عطاء و حماد بن أبي سليمان و الزهري و عبدالملك بن يعلى و الأوزاعي و ربيعة و ابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى ليس لهم أن يرجعوا عن الإجازة سواء كان قبل الموت أو بعده (بخلاف ما بعد الموت) أي بخلاف ما إذا كانت الإجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد (لأنه) أي لأن الرجوع (ثبوت الحق فليس لهم ذلك) أي الرجوع و النسخة الصحيحة فليس لهم أن يرجعوا عنه (لأن الساقط متلاش) قال الأترازيّ قوله لأن الساقط متلاش متعلق بقوله فكان لهم أن يردوه و قال الأكملّ هذا دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته و تقريره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها و الساقط متلاش فإجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة الموصي (غاية الأمر أنه يستند) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بأن يقال كيف تكون إجازتهم في غير محلها مع أن حق الورثة قد تعلق بماله من أول المرض على سبيل التوقف فلما مات ظهر أن الإجازة صادفت محلها فكانت إجازتهم في حياته كاجازتهم بعد مماته بسبب الاستناد فأجاب بقوله غاية الأمر

=> ربع الثلث واحد من اثنى عشر مخرج الثلثين و ربع الباقي و لبيت المال ثلاثة و لزيد ثمانية شامية و إن لم تجز و أوصى لها أيضا أو لا فقد أوضحه في الجوهرة فراجعها. (١) و هم كبار و المراد أن يكونوا من أهل التصرف شامية. (٢)و لا معتبر الخ. و في الشامية عن البزازية: تعتبر الاجازة بعد الموت لا قبله هذا في الوصية أما في التصرفات المفيدة لأحكامها كالاعتاق و غيره إذا صدر في مرض الموت و أجازه الوارث قبل الموت لا رواية فيها عن أصحابنا رحمهم الله تعالى قال الامام علاء الدين السمرقنديّ أعتق المريض عبده و رضى به الورثة قبل الموت لا يسعى العبد في شيء و قد نصوا على أن وارث المجروح إذا عفى عن الجارح يصح و لا يملك المطالبة بعد موت المجروح اه. (٣)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغني لابن قدامةّ ص٤٢٨ ج٦.

عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم و هذا قد مضى و تلاشى و لأن الحقيقة تثبت عند الموت و قبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله و الرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة و كذا إن كانت الوصية للوارث و أجازت البقية فحكمه ما ذكرناه و كل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا و

أنه يستند (عند الاستغناء) و في نسخة شيخي العلاء رحمه الله تعالى عند الإجازة (لكن الاستناد يظهر في حق القائم) لا الساقط المتلاشي و هو معنى قوله (و هذا قد مضى و تلاشى) فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث (و لأن الحقيقة) دليل آخر أي و لأن حقيقة الملك للوارث (تثبت عند الموت) أي عند موت المورث (و قبله) أي و قبل الموت (يثبت مجرد الحق) أي مجرد حق الملك (فلو استند) ملكه إلى أول المرض (من كل وجه ينقلب) أي الحق (حقيقة قبله) أي قبل الموت و ذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب و هو مرض الموت و إنما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين (و الرضا ببطلان الحق) هذا جواب عما يقال الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه فصار كسائر الاسقاطات و فيها لا رجوع فكذا هذا و تقرير الجواب أن يقال إن الرضا ببطلان الحق بعد أن عرف أن ثمة حقا و حقيقة (لا يكون رضا ببطلان الحقيقة) لأنه رضى ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة و الرضى ببطلانها يستلزم وجودها و لا وجود لها قبل السبب و هو مرض الموت (و كذلك إن كانت الوصية للوارث و أجازت البقية فحكمه ما ذكرناه) و هو أن يجوز إجازة الوارث قبل موت الموصي و تجوز بعده (و كل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه (١) المجاز له من قبل الموصي) بكسر القاف و فتح الباء (عندنا و

---

(١) يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم و لو أعتق عبدا في مرضه و لا مال له غيره و أجازت الورثة العتق كان الولاء كله للميت و لو كان الوارث متزوجا بجارية المورث و لا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث و هو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه و قال الشافعي رحمه الله تعالى يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده و يكون له ثلثا الولاء في مسئلة العتق و يفسد النكاح لأن الميت لا حق له إلا في الثلث و لهذا لا تنفذ وصيته بما زاد على الثلث و يبطلها الوارث فيكون الزائد على الثلث ملكا للوارث حقيقة فاذا أجاز صار مملكا له من جهته ضرورة و لنا أن الوصية صدرت من الموصي و صادفت ملكه حالا و مآلا لأن جميع ماله مملوك له وقت الوصية و بعد الموت هو باق على حكم ملكه و لهذ يبدأ بحوائجه و لا يملك الوارث إلا ما فضل عن حاجته كتجهيزه و قضاء ديونه و لا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله =>

عند الشافعي رحمه الله تعالى من قبل الوارث و الصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي و الاجازة رفع المانع و ليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن. قال و لا تجوز للقاتل

عند الشافعي رحمه الله تعالى من قبل الوارث) ذكر هذا تفريعا على مسألة القدوري إيضاحه إذا أوصى بجميع ماله فأجازت الورثة كان تمليكا من الميت و كذلك الوصية للوارث و عند الشافعي رحمه الله تعالى يكون هبة من الوارث إن قبضت صحت و إلا بطلت و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و اختاره المزني رحمه الله تعالى و به قال بعض أصحاب مالك و أصحاب الظاهر رحمهم الله تعالى و لكن الصحيح من مذهب الشافعي و أحمد و مالك رحمهم الله تعالى كقولنا و هو قول جمهور العلماء و في مبسوط شيخ الإسلام ثمرة الخلاف تظهر في اشتراط القبول و القبض و التسليم من الوارث لتملك المجاز له عندهم شرط كالهبة المبتدأة و عندنا ليس بشرط (و الصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي) و هو أنه عقد على ملك نفسه مع تعلق حق الغير فاذا أسقط الغير حقه نفذ العقد من جهته كما لو أوصى و عليه دين فأبرأه الغريم (و الإجازة رفع المانع) هذا جواب عن جعل الإجازة إخراجا عن الملك يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك و إنما هو رفع للمانع عن ثبوت الملك و الحكم يضاف إلى السبب لا إلى إزالة المانع (و ليس من شرطه) أي من شرط إزالة المانع (القبض) و هذا رد لكونها هبة كما قال الشافعي رحمه الله تعالى فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا و هو ممنوع (فصار) أي ما نحن فيه (كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن) في كون السبب صدر من الراهن و الملك للمشتري يثبت من قبله فاجازة المرتهن رفع المانع. (قال) أي القدوري (و لا تجوز) أي الوصية (للقاتل) و به قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و هو قول الثوري رحمه الله تعالى أيضا و قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأظهر و مالك و أبو ثور رحمهما الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في المنصوص تصح و قال الأترازي و عن الشافعي رحمه الله تعالى ثلاثة أقوال في قول يصح و في قول لا يصح

=> فاذا أوصى صار مشغولا بها لكن للورثة نقضها فيما زاد على الثلث لما فيه من إبطال حقهم فاذا أجازوا الوصية ظهر أنه لم يكن منتقلا إلى ملكهم و سقط حقهم و نفذ العقد السابق كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن و لا يقال لو كان الوارث مريضا فأجاز يعتبر من ثلثه فدل على أنه تمليك منه لأنا نقول إسقاط الحق يعتبر من الثلث كاجازته العتق و البيع الذي فيه محاباة و ليس بتمليك من جهته فكذا هذا و ثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا في تملك الموصى له قبل القبض و عنده لا يتملك و في مشاع يحتمل القسمة حيث تجوز الاجازة فيه عندنا و عنده لا تجوز زيلعي. (١) و به قال الشافعي الخ. كذا في المغني ص ٥٤٠ ج٦ و شرح الوجيز ص ٢١ ج٧.

عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه الصلاة و السلام لا وصية للقاتل و لأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجوز للقاتل و على هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا و عنده

و فى قول يفرق بين الوصية للجارح و بين الوصية قبل الجرح فانه مستعجل للارث كذا فى وجيزهم (عمدا كان أو خطأ) يعنى سواء كان قتل القاتل عمدا أو خطأ و فى بعض النسخ عامدا كان أو خاطئا و كذا فى نسخة شيخى العلاءَ (بعد أن كان مباشرا) إنما قيد بالمباشر لأنه إذا لم يكن مباشرا لا يتعلق به حرمان الميراث و بطلان الوصية كما فى حافر البئر و واضع الحجر فى غير ملكه (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (لا وصية للقاتل) قال الأترازىّ و لنا ما قال محمد رحمه الله تعالى فى الأصل بلغنا عن على رضى الله تعالى عنه أنه لم يجعل للقاتل ميراثا و عن عمر رضى الله تعالى عنه مثله و عن على رضى الله تعالى عنه فى الأسرار و غيره أنه قال لا وصية لقاتل و لا مخالف له فحل محل الإجماع فإن قلت المصنفّ ذكر الحديث مرفوعا فما للأترازىّ ذكره عن على رضى الله تعالى عنه موقوفا قلت روى (١) الدارقطنىّ فى سننه عن مبشر بن عبيد عن الحجاج ابن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ ليس لقاتل وصية ثم قال الدارقطنىّ مبشر بن عبيد متروك يضع الحديث و قال (٢) صاحب التنقيحّ قال أحمدّ مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذب قلت فلذلك اقتصر الأترازىّ على الموقوف (و لأنه) أى و لأن القاتل (استعجل (٣) ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) على صيغة المجهول و الوصية منصوب لأنه مفعول ثان باق على حاله و الأول قام مقام الفاعل و كذلك الميراث منصوب فى قوله (كما يحرم الميراث) أى كما يحرم القاتل عن ميراث الذى قتله (و قال الشافعى رحمه الله تعالى تجوز) أى الوصية (للقاتل) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى كما ذكرنا (و على هذا الخلاف) المذكور بيننا و بين الشافعى رحمه الله تعالى (إذا أوصى لرجل ثم إنه) أى إن الرجل الموصى له (قتل الموصى تبطل الوصية عندنا و عنده) أى

---

(١) روى الدارقطنىّ فى الأقضية ص٢٣٧ ج٤ و البيهقىّ فى الوصايا باب ما جآء فى الوصية للقاتل ص ٢٨١ ج٦. و قال ابن حجرّ فى التلخيص (ص٩٢ ج٣) اسناده ضعيف جدا. (٢) قال صاحب التنقيحّ الخ. كذا فى نصب الراية ص٤٠٣ ج٤. (٣) استعجل الخ. و المراد بالاستعجال ما يظهر من حال القاتل و إلا فمذهب أهل الحق أن المقتول ميت بأجله تأمل (فرع) جرحه رجل وقتله آخر جازت للجارح لأنه ليس بقاتل ولوالجية شامية.

لا تبطل و الحجة عليه في الفصلين ما بيناه و لو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا تجوز لأن جنايته باقية و الامتناع لأجلها و لهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث و لأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم.

عند الشافعي رحمه الله تعالى (لا تبطل و الحجة عليه) أى على الشافعي رحمه الله تعالى (في الفصلين) أى فيما إذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها (ما قلناه) و في بعض النسخ ما بيناه و هكذا في نسخة شيخي العلاء أى من الحديث المذكور فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية و تأخره عنها و من المعقول الذى ذكره و اعترض عليه بأنه صحيح إذا كان القتل بعد الوصية فأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة و أجيب بجعل الجارح مستعجلا و إن تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الإسلام أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية و فسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر إلى وقت الموت كان الوقت مؤخرا عن الوصية و قال الأكمل رحمه الله تعالى واعترض بنقض إجمالى بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر إذا قتل مولاه لأن التدبير وصية و هى لا تصح للقاتل و أجيب بأن عتقه من حيث أن موته جعل شرطا لعتقه و قد وجد ذلك و لكن يسعى المدبر في جميع قيمته لأنه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذى لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية (و لو أجازتها الورثة) أى و لو أجازت الورثة الوصية للقاتل (جاز عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال (١) يوسف رحمه الله تعالى لا تجوز لأن جنايته باقية و الامتناع) من الجواز (لأجلها) أى لأجل الجناية (و لهما) أى و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث و لأنهم لا يرضونها) أى الوصية (للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم) أى لأحد الورثة و في الوصية لأحدهم إذا أجازها البقية نفذت فكذا للقاتل فإن قيل ما الفرق بينها و بين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث أجيب بأن الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد و الوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف

---

(١) قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا تجوز و الخلاف في غير قتله عمدا بعد الوصية فانها تكون ملغاة بالاتفاق شامية عن شرنبلالية.

قال و لا تجوز لوارثه لقوله عليه الصلاة و السلام إن الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث و لأنه يتأذى البعض بايثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم و لأنه حيف بالحديث الذى رويناه و يعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت و حكمه يثبت بعد الموت و الهبة

العبد. (قال) أى القدورىّ (و لا تجوز (١) لوارثه) أى لا تجوز الوصية من المورث لوارثه (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (إن الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث) هذا الحديث روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم (٢) أبو أمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه و قد ذكرناه فى أوائل الكتاب (و لأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم و لأنه حيف) أى و لأن اختيار البعض فى الإيضاء له بشىء جور (بالحديث الذى رويناه) و هو قوله فيما مضى عن قريب قد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر (و يعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت و حكمه يثبت بعد الموت) و فائدته تظهر فيمن أوصى لأخيه و لا ابن له ثم ولد له ابن فمات الموصي تصح الوصية و من أوصى لأخيه و له ابن ثم مات الابن فمات الموصى تبطل الوصية و فى فتاوى قاضى خان أوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين و له ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لأنهم لا يرثون مع الأبن و إن كان له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب و للأخ لأم و تبطل الوصية للأخ لأب و أم لأنه يرث مع البنت و إن لم يكن له ابن و لا بنتّ كانت الوصية كلها للأخ لأب لأنه لا يرثه و تبطل الوصية للاخ لأب و أم و للأخ لأم لأنهما يرثانه (و الهبة

---

(١)لا تجوز لوارثه. و فى المغنى ص٤١٩ ج٦: الانسان إذا أوصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بلا خلاف بين العلماء قال ابن المنذرّ و ابن عبد البرّ أجمع أهل العلم رحمهم الله تعالى على هذا اه. (٢)منهم أبوأمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه قد مر تخريج حديثه فى أوائل الوصايا ص٢٥٧ ج١٦ و منهم عمرو بن خارجة رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه الترمذىّ فى الوصايا باب ما جآء لا وصية لوارث ص٣٤ ج٢ و النسائىّ فيه باب إبطال الوصية للوارث ص١٣١ ج٢ و ابن ماجةّ فيه باب لا وصية لوارث ص١٩٩ و قال الترمذىّ حديث حسن صحيح و منهم انس رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه ابن ماجةّ فى الباب المذكور آنفا و منهم ابن عباس و على بن أبى طالب و عبدالله بن عمرو بن العاص و جابر رضى الله تعالى عنهم أخرج حديثهم الدارقطنىّ فى الفرائض ص٩٧ و ٩٨ ج٤ و قال و الصواب أن حديث جابر رضى الله تعالى عنه مرسل و منهم زيد و البراء رضى الله تعالى عنهما أخرج حديثهما ابن عدىّ فى الكامل و أعله بموسى بن عثمان الحضرمى و قال إن حديثه غير محفوظ كما فى نصب الراية ص٤٠٥ ج٤.

من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث و إقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار. قال إلا أن يجيزها الورثة

من المريض للوارث فى هذا) الحكم (نظير الوصية لأنها) أى لأن الهبة (وصية حكما) أى من حيث الحكم (حتى تنفذ من الثلث) يعنى كما أن فى الوصية للوارث يعتبر كونه وارثا وقت الموت فكذلك فى هبة المريض مرض الموت للوارث يعتبر كونه وارثا وقت الموت لأن الهبة جعلت وصية من حيث الحكم بدليل أنها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبى كالوصية للأجنبى تنفذ من الثلث فكانت الهبة تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت (و إقرار المريض للوارث على عكسه) أى على عكس الحكم فى الهبة حتى يعتبر كونه وارثا عند الإقرار لا عند الموت (لأنه تصرف فى الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار) لا وقت الموت و لهذا لو أقر فى مرض الموت لأجنبى بدين صح من جميع المال و ذكر فى النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك إذا كان كونه وارثا بسبب حادث و أما إذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب صح الإقرار لأن وراثته ثبتت بسبب حادث و هو الأعتاق و قبله كان عبدا و كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى و هو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث و لو أقر لأخيه و له ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه و ذلك باطل انتهى و قال الأكمل أرى أن إطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل و ذلك لأنه قال يعتبر إقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الإقرار و العبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث و كلامنا فيه و الأخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الإقرار و إن كان محجوبا و الإقرار للوارث باطل. (قال) أى القدورى (إلا أن يجيزها (١) الورثة) هذا استثناء من قوله و لا تجوز لوارثه

---

(١)إلا أن يجيزها الورثة. و فى العمدة: قال المنذرى إنما يبطل الوصية للوارث فى قول أكثر أهل العلم من أجل حقوق سائر الورثة فاذا أجازوها جازت كما إذا أجازوا الزيادة على الثلث و ذهب بعضهم إلى أنها لا تجوز و إن أجازوها لأن المنع لحق الشرع فلو جوزناها كنا قد استعملنا الحكم المنسوخ و ذلك غير جائز و هذا قول أهل الظاهر و قال أبو عمر و هو قول عبد الرحمن بن كيسان و المزنى رحمهما الله تعالى و قال ابن المنذر و اتفق مالك و الثورى و الكوفيون و الشافعى و أبو ثور رحمهم الله تعالى أنه إذا أجازوا ذلك بعد وفاته لزمهم اه. (١) إلا أن يجيزها =>

و يروى هذا الاستثناء فيما رويناه و لأن الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم و لو أجاز بعض و رد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه و بطل في حق الراد. قال و يجوز أن يوصى المسلم للكافر و الكافر للمسلم فالأول

يعني لا تجوز الوصية لوارث الموصى إلا أن يجيزها سائر الورثة فحينئذ تصح و قال المصنف رحمه الله تعالى (و يروى هذا الاستثناء) أى الاستثناء ذكره القدورى (فيما رويناه) أى في الحديث الذى رويناه و هو قوله عليه الصلاة و السلام إن الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن رسول الله ﷺ هكذا قاله الكاكي و قال الأترازي و فيه نظر و سكت و لم يبين وجه النظر فكأنه رأى في موضع أن هذا ضعيف فاقتصر على ما قاله قلت لفظة (١) الدارقطني أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة و في اسناده حبيب بن الشهيد مستقيم الرواية (و لأن الامتناع لحقهم) أى امتناع الوصية لحق الورثة (فتجوز بإجازتهم) لعدم المانع (و لو أجاز بعض) أى بعض الورثة (و رد بعض) أى و لم يجز بعض الورثة (تجوز (٢) على المجيز بقدر حصته لولايته عليه و بطل في حق الراد) لعدم رضاه. (قال) أى القدورى (و يجوز أن يوصى المسلم للكافر و الكافر للمسلم) أراد (٣) بالكافر الذمي لا الحربي لأن الحربي لا يجوز له الوصية على ما يأتي (فالأول) و هو وصية

=> الورثة و هم كبار عقلاء فلم تجز إجازة صغير و مجنون و إجازة المريض كابتداء وصية در مختار فاذا كان وارث الموصى مريضا فأجاز الوصية و هو بالغ عاقل إن برئ صحت إجازته و إن مات من ذلك المرض فان كان الموصي له وارثه لا تجوز إجازته إلا أن تجيزه ورثة المريض بعد موته و إن كان أجنبيا تجوز إجازته و يعتبر ذلك من الثلث شامية عن منح. (١) لفظة الدارقطني في الفرائض ص٩٨ ج٤ و في إسناده سهل بن عمار كذبه الحاكم كما في نصب الراية ص٤٠٤ ج٤. قال العبد الضعيف و روى الدارقطني أيضا في الفرائض ص٩٨ ج٤ و في الوصايا ص١٥٢ ج٤ عن يونس بن راشد عن عطاء الخراساني عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة قال الذهبي في الميزان: إسناده جيد و قال ابن حجر في الدراية: رجاله لا بأس به و روى الدارقطني أيضا في الوصايا ص١٥٢ ج٤ و البيهقي فيه باب نسخ الوصية للوالدين الخ ص٢٦٤ ج٦ عن اسماعيل بن مسلم عن الحسن عن عمرو بن خارجة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة. (٢)تجوز على المجيز الخ. معناه أنه يجعل في حق الذى أجاز كأنهم كلهم أجازوا و في حق الذى لم يجز كأنهم كلهم لم يجيزوا بيانه إذا ترك ابنين و أوصى الرجل بنصف ماله فان أجاز أحدهما دون الآخر يعطى للمجيز ربع المال و لغيره ثلثه و للموصى له الباقي فيجعل المال على اثنى عشر لحاجتنا إلى الثلث و الربع فالربع لمن أجاز و هو ثلاثة و الثلث لمن لم يجز و هو أربعة و يبقى خمسة للموصى له جوهرة. (٣)أراد بالكافر الذمي قلت و المستأمن كالذمي كما صرح به الهدادى و الزيلعي و غيرهما رحمهم الله تعالى درمختار.

لقوله تعالى ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين﴾ الآية و الثانى لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات و لهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة فكذا بعد الممات و فى الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة

المسلم للكافر (لقوله تعالى ﴿لا ينهاكم (١) الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين﴾ الآية) أى إقرأ الآية بتمامها و تمام الآية هكذا ﴿و لم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم و تقسطوآ إليهم إن الله يحب المقسطين﴾ لأنهم إذا لم يخرجوكم من دياركم و لم يؤذوكم فهذا بر منهم فالعدل معهم أن تبروهم أنتم أيضا بحسن المعاشرة و الصلة بالمال كذا فى التفسير و الوصية لهم بالمال من العدل فكانت جائزة و قال الفقيه أبو الليثؒ فى كتاب نكت الوصايا و روى (٢) عن صفية بنت حيى رضى الله تعالى عنها زوجة رسول الله ﷺ أوصت بثلث مالها لأخيها و هو يهودى و كان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فلم ينكروا عليها (و الثانى) و هو وصية الكافر للمسلم (لأنهم) أى لأن أهل الذمة (بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات و لهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة فكذا بعد الممات) و هذا لا خلاف فيه لأهل العلم و أما وصية المسلم لأهل الحرب فقد أشار إليه بقوله (و فى الجامع الصغير الوصية لأهل (٣) الحرب باطلة) و به قال بعض أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى و قال (٤) مالك و أحمد و أكثر أصحاب

---

(١)لا ينهاكم الله الآية. الممتحنة:٨. (٢)روى عن صفية بنت حيى رضى الله تعالى عنها الخ. قال العبد الضعيف روى البيهقىؒ فى الوصايا باب الوصية للكفار ص ٢٨١ ج٦ عن عكرمة أن صفية رضى الله تعالى عنها زوج النبى ﷺ قالت لأخ لها يهودى أسلم ترثنى فسمع بذلك قومه فقالوا أ تبيع دينك بالدنيا فأبى أن يسلم فأوصت له بالثلث و روى أيضا عن أم علقمة أن صفية بنت حيى بن أخطب رضى الله تعالى عنها أوصت لابن أخ لها يهودى و أوصت لعائشة رضى الله تعالى عنها بألف دينار و جعلت وصيتها إلى ابن لعبد الله بن جعفر فلما سمع ابن أخيها اسلم لكى يرثها فلم يرثها و التمس ما أوصت له فوجد ابن عبد الله قد أفسده فقالت عائشة رضى الله تعالى عنها بؤسا له أعطوه الألف الدينار التى أوصت لى بها عمته. (٣)الوصية لأهل الحرب باطلة أى و إن أجازت الورثة لنهينا عن برهم بقوله تعالى إنما ينهاكم الله الآية فعدم الجواز لحق الشرع لا لحق الورثة بخلاف الوصية للوارث أو للأجنبى بما زاد على الثلث فانه لحق الورثة و لأن الحربى فى داره كالميت فى حقنا و الوصية للميت باطلة اه شامية. (٤)قال مالكؒ الخ. قال ابن قدامة الحنبلىؒ فى المغنى ص ٥٣٠ ج٦: و تصح الوصية للحربى فى دار الحرب نص عليه احمد رحمه الله تعالى و هوقول مالك و أكثر أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى و قال بعضهم لا تصح و هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن الله تعالى قال لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين إلى قوله إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره (قال ابن قدامةؒ) و لنا أنه تصح هبته فصحت الوصية له =>

لقوله تعالى ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية.

الشافعي رحمهم الله تعالى تجوز (لقوله تعالى ﴿إنما (١) ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾ الآية) أي إقرا الآية بتمامها و تمام الآية هكذا ﴿و أخرجوكم من دياركم و ظاهروا على إخراجكم أن تولوهم و من يتولهم فأولئك هم الظالمون﴾ قالوا في شروح الجامع الصغير ذكر محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم و وجه (٢) التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي

=> كالذمي و قد روى أن النبي ﷺ أعطى عمر رضي الله تعالى عنه حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها و قد قلت في حلة عطارد ما قلت فقال إني لم أعطكها لتلبسها فكساها عمر رضي الله تعالى عنه أخا مشركا له بمكة و عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله تعالى عنهما قالت أتتني أمي و هي راغبة تعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله أتتني أمي و هي راغبة أ فأصلها قال نعم و هذان فيهما صلة أهل الحرب و برهم و الآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فانه نهى عن توليه لا عن بره و الوصية له و إن احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة و الوصية في معناها انتهى ما في المغني قال العبد الضعيف لا نزاع في جواز صلة الحربي و إنما النزاع في جواز الوصية له و هو في دارالحرب ففي شرح السير الكبير للسرخسيّ: لا بأس أن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان أو ذميا و استدل عليه بأحاديث منها أنه بعث رسول الله ﷺ خمسمائة دينار إلى مكة حين قحطوا و أمر بدفع ذلك إلى أبي سفيان بن حرب و صفوان بن أمية ليفرقا على فقراء أهل مكة فقبل ذلك أبو سفيان و أبى صفوان قال و به نأخذ و لأن صلة الرحم محمودة عند كل عاقل و في كل دين و الاهداء إلى الغير من مكارم الأخلاق قال ﷺ بعثت لأتمم مكارم الأخلاق فعرفنا أن ذلك حسن في حق المسلمين و المشركين جميعا اه رد المحتار و قال محمد رحمه الله تعالى في الموطا باب ما يكره من لبس الحرير و الديباج (ص ٣٧١) لا بأس بالهدية إلى المشرك المحارب مالم يهد إليه سلاح أو درع و هو قول أبي حنيفة و العامة من فقهائنا رحمهم الله تعالى اه و بطلان الوصية للحربي إنما هو مبنى على تباين الدار لما في المبسوط للسرخسيّ (ص ١٧٧ ج ٢٧) لو أوصى لحربي في دار الحرب لم تجز الوصية لتباين الدارين و إن أجازت الورثة لكونه محاربا حكما اه لعل العلامة ابن قدامةّ لم يتنبه لهذا المبنى و ظن أن بطلان الوصية للحربي مبنى على النهى عن تولي الحربي و لو كان كذلك لأبطلنا الهبة و الصلة و الهدية له و الأمر بالعكس و قياس الوصية على الهبة لا يصح فان الوصية للوارث باطل و الهبة له جائزة فافهم. (١) إنما ينهاكم الله الآية. الممتحنة: ٩. (٢) و وجه التوفيق الخ. كذا في العناية و غيرها لكن رده العلامة قاضي زادهّ في الأفكار: بأن لفظة باطلة في الجامع الصغير يأبى هذا التوفيق لأن الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض ثم رد نفس التعارض رأسا نقلا عن المحيط بأن لفظ السير الكبير لو أوصى مسلم لحربي و الحربي في دارالحرب لا تجوز اه و اعترضه في العزمية بأن ناقلي الجواز مؤتمنون في الأخذ و النقل و ذكر العلامة جوى زادهّ أن مرادهم بما يدل على الجواز ما ذكره في شرح السير الكبير للسرخسيّ بقوله لا بأس أن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان أو ذميا اه لكن هذا يدل على جواز الصلة دون الوصية شامية.

قال و قبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال (١) الحياة أو ردها فذلك باطل لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد. قال و يستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف

أن يفعل و إن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من أهل الملك و أما وصية الحربى بعد ما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة لأن له ولاية تمليك ماله فى حياته فكذا بعد وفاته خلا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث و بجميع ماله لأن منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لأنه معصوم عن الإبطال و ورثة الحربى ليست كذلك. (قال) أى القدورىّ (و قبول الوصية بعد الموت) أى بعد موت الموصى (فإن قبلها الموصى له فى حال حياته) أى حياة الموصى (أو ردها فذلك باطل لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به) أى لتعلق الوصية بالموت (فلا يعتبر قبله) أى فلا يعتبر القبول أو الرد قبل الموت (كما لا يعتبر قبل العقد) أى قبل عقد الوصية ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق غدا على ألف فالقبول و الرد منها يعتبر بعد مجيء الغد. (قال) أى القدورىّ (و يستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء) و لا يعلم فيه خلاف لقوله (٢) عليه الصلاة و السلام الثلث و الثلث كثير و عن (٣) أبى بكر و عمر رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا لأن يوصى بالخمس أحب إلينا من أن يوصى بالربع و لأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصى بالثلث (لأن فى التنقيص) أى من الثلث (صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف

---

(١)حال الحياة. ن. فى حال حياته. (٢)لقوله عليه الصلاة و السلام الخ. أخرجه الأئمة الستةّ و قد مضى تخريجه مفصلا فى ص٢٥٩ ج١٦ ووجه الاستدلال به أن رسول الله ﷺ قد استكثر الثلث لكن التنقيص عند فقر الورثة و إن كان مستحبا إلا أن ثمة ما هو أولى منه و هو الترك أصلا فان المستحب تتفاوت درجاته و كذا المسنون و المكروه و غيرهما شامية. (٣)عن أبى بكر و عمر رضى الله تعالى عنهما الخ. كذا فى الكفاية. قال العلام العينىّ فى العمدة: اعلم أن الاجماع قائم على أن الوصية بالثلث جائزة و أوصى الزبير رضى الله تعالى عنه بالثلث و اختلف العلماء فى القدر الذى تجوز الوصية به هل هو الخمس أو السدس أو الربع فعن أبى بكر رضى الله تعالى عنه أنه أوصى بالخمس و قال إن الله تعالى رضى من غنائم المؤمنين بالخمس و قال معمر عن قتادة أوصى عمر رضى الله تعالى عنه بالربع و قال اسحاق السنة الربع كما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و روى عن على رضى الله تعالى عنه لأن أوصى بالخمس أحب إلىّ من الربع و لأن أوصى بالربع أحب إلىّ من الثلث و اختار آخرون السدس و قال ابراهيم كانوا يكرهون أن يوصوا مثل نصيب أحد الورثة حتى يكون أقل و كان السدس أحب إليهم من الثلث و اختار آخرون العشر و اختار آخرون لمن كان ماله قليلا و له وارث ترك الوصية روى ذلك عن على و ابن عباس و عائشة رضى الله تعالى عنهم اه.

استكمال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة و لا منة ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا إن كانت الورثة فقراء و لا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب و قد قال عليه الصلاة و السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح

استكمال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة و لا منة) لأن الموصى إذا استوفى تمام حقه الذى هو الثلث لا يبقى له منة على ورثته و لا إيثار بالصلة (ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (إن كانت الورثة فقراء و لا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه) أى فى الترك (من الصدقة على القريب و قد (١) قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبى ﷺ (أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح) هذا (٢) الحديث رواه أحمد رحمه الله تعالى فى مسنده عن أبى أيوب الأنصارى رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال إن أفضل الصدقة الصدقة على ذى الرحم الكاشح و رواه احمدٌ فى مسنده أيضا عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه أن رجلا سأل النبى ﷺ أىّ الصدقة أفضل قال على ذى الرحم الكاشح و رواه الحاكمٌ فى المستدرك عن أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه و كانت قد صلت إلى القبلتين مع رسول الله ﷺ قالت قال رسول الله ﷺ أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح و رواه الطبرانىٌ فى معجمه قال ابن طاهرٌ سنده صحيح و رواه أبو عبيد القاسم ابن سلامٌ فى كتاب الأموال عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ سئل أىّ الصدقة أفضل فقال الصدقة على ذى الرحم الكاشح انتهى و الكاشح (٣) الذى يخفى عداوته فى كشحه و الكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع و إنما الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس و قهرها و لا كذلك فى ذى الرحم الصديق ثم اعلم أن (٤) الأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء فى قول عامة أهل العلمٌ و قال ابن عبد البرٌ لا خلاف فيه بين العلماء فان أوصى لغيرهم و تركهم صحت وصيته فى قول اكثر أهل العلم منهم سالم و سليمان بن يسار و عطاء و

---

(١)و قد قال عليه الصلاة و السلام الخ. هذا الحديث لا يفى بتمام المدعى و لذلك لم يصدره بأداة التعليل سعدى.
(٢)هذا الحديث الخ. كذا فى نصب الراية ص٤٠٦ ج٤. (٣)الكاشح الخ. الكشح (بالفتح فالسكون) ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف و هو من لدن السرة إلى المتن و قيل الكشح ما بين الحجبة إلى الابط و قيل هو الخصر و قيل هو الحشى و جمع كل ذلك كشوح لا يكسر إلا عليه و الكاشح مضمر العداوة المتولى عنك بوده و العدو المبغض كأنه يطوى العداوة فى كشحه أو كأنه يوليك كشحه و يعرض عنك بوجهه و الاسم الكشاحة (بالضم) اه لسان و تاج ملخصا. (٤)اعلم أن الأفضل الخ. كذا فى المغنى ص٤١٨ ج٦.

و لأن فيه رعاية حق الفقراء و القرابة جميعا و إن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة علي الأجنبي و الترك هبة من القريب و الأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى و قيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة و هو الصدقة و الصلة فيخير بين الخيرين. قال و الموصى به

مالك و الثورى و الاوزاعى و الشافعي و اسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و حكى عن طاووس و الضحاك و عبد الملك بن يعلى رحمهم الله تعالى تنزع عن الغير و ترد إلى قرابته و عن سعيد بن المسيب و الحسن و جابر بن زيد رحمهم الله تعالى يعطى للغير ثلث الثلث و يرد الباقي إلى قرابته (و لأن فيه) أى في ترك الوصية إذا كانت الورثة فقراء (رعاية حق الفقراء و القرابة جميعا و إن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم) من الإرث (فالوصية أولى لأنه يكون صدقة) أى لأن الإيصاء بالثلث حينئذ يكون بمنزلة الصدقة (على الأجنبي و الترك) أى ترك الوصية بالثلث يكون (هبة من القريب و الأولى أولى) أى الصدقة على الأجنبي أفضل (لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى) لأنها صدقة في حياته (و قيل في هذا الوجه) و هو ما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم (يخير الموصى لاشتمال كل منهما) أى من الوصية و الترك (على فضيلة و هو) أى اشتمال الفضيلة (الصدقة) في حق الأجنبي (أو الصلة) في حق الورثة فإذا كان كذلك (فيخير بين الخيرين) بكسر الخاء يعنى بين الخيارين و في شرح الطحاوىّ الأفضل لمن كان له مال قليل أن لا يوصى بشيء إذا كان له ورثة و الأفضل لمن كان له مال كثير أن لا يتجاوز عن الثلث فيما لا معصية فيه و في خلاصة الفتاوى عن الإمام الفضليّ إذا كانت الورثة صغارا فترك الوصية أفضل قال هكذا روى (١) عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و إن كانوا بالغين إن كانوا فقراء لا يستغنون بثلثى التركة فترك الوصية أفضل و إن كانوا أغنياء أو يستغنون بالثلثين فالوصية أفضل و قدر الاستغناء عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف دون الوصية و عن الامام الفضليّ عشرة آلاف و في الموضع الذى أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالقرابة فإن كانوا أغنياء فبالجيران. (قال) أى القدوريّ (و الموصى به

---

(١)هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. قلت بل هكذا روى عن الشيخين رحمهما الله تعالى كما في الخانية (تنبيه) قال في الحاوى القدسى من لا وارث له و لا دين عليه فالأولى أن يوصى بجميع ماله بعد التصدق بيده اه شامية و لو أوصى بجميع ماله و ليس له وارث نفذت الوصية و لا يحتاج إلى إجازة بيت المال هندية عن خزانة المفتين.

يملك بالقبول خلافا لزفر رحمه الله تعالى و هو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى هو يقول الوصية أخت الميراث إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية و لنا أن الوصية إثبات ملك جديد و لهذا لا يرد الموصى له بالعيب و لا يرد عليه بالعيب و لا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام

يملك بالقبول) على صيغة المجهول و به (١) قال جمهور العلماء إذا كانت الوصية لمعين يمكن القبول منه أما إذا كانت لغير معين كالفقراء و المساكين و من لا يمكن حصرهم كبني هاشم أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول و لزمت بمجرد الموت لأن الوصية لهم كالوقف عليهم (خلافا لزفر رحمه الله تعالى) فإن عنده لا يتوقف على القبول (و هو) أى قول زفر رحمه الله تعالى (أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى) و هو قول غير مشهور عنه (هو) أى زفر رحمه الله تعالى (يقول الوصية أخت الميراث إذ كل منهما خلافة) أى لأن كل واحد من الوصية و الميراث خلافة بعد الموت (لما أنه انتقال) أى لما أن كل واحد من الإرث و الوصية انتقال الملك (ثم الإرث يثبت من غير قبول) فلا يرتد بالرد (فكذلك الوصية و لنا أن الوصية إثبات ملك جدبد و لهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشترى المريض شيئا و يوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه (و لا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع الموصى شيئا من التركة و وجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له و لو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث (و لا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله) و رضاه لئلا يعود على موضوعه بالنقض و ذلك لأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له و لو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه و أمثال (٢) هذا كثيرة (أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام) أشار به إلى قوله و لهذا لا يرد الموصى له بالعيب و لا يرد عليه بالعيب

---

(١) و به قال جمهور العلماء رحمهم الله تعالى الخ. كذا في المغني لابن قدامة ص ٤٠ ج ٦. و في الظهيرية: قال أعطوا بعد موتي ثلث مالي مساكين مكة كذا فلما مات أتى الوصي بالمال إليهم فقالوا لا نريده و ليس بنا حاجة إليه قال أبو القاسم يرد المال إلى الورثة و إن رجعوا قبل رده للورثة لبطلان حقهم بالرد و في الأشباه: و إذا قبلها ثم ردها على الورثة إن قبلوها انفسخ ملكه و إلا لم يجبروا اهـ شامي عن سائحاني. (٢) و أمثال هذا كثيرة منها أنه لو أوصى له بدنان مكسرة أو بزبل مجتمع في داره فانه يجب عليه نقل المكسر و الزبل تفريغا لملك الغير عن ملكه زيلعي.

فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول. قال إلا في مسألة واحدة و هي (١) أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا و القياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد إيجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته و إنما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات قبل الاجازة. قال و من أوصى و عليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فانه فرض و الوصية تبرع و أبدا يبدأ بالأهم فالأهم إلا أن تبرئه الغرماء لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية

(فيثبت) أي الملك في الميراث (جبرا من الشرع من غير قبول) أي من غير قبول الوارث يعني من غير اختيار منه بأن شاء أو أبى و في الوصية للموصى له الخيار و لهذا يرتد بالرد و لما ارتدت بالرد وقفت على القبول كالبيع و الهبة ثم القبول (٢) على ضربين قبول بالصريح و قبول بالدليل فالصريح أن يقول بعد موت الموصي قبلت و الدليل أن يموت الموصى له قبل القبول و الرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته و يكون ذلك ميراثا لورثته. (قال) أي القدوري (إلا في مسألة واحدة) هذا استثناء من قوله و الموصى به يملك بالقبول يعني في المسألة المستثناة يملك بدون القبول (و هي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا و القياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك) أي ملك الموصى له (موقوف على القبول) و قد فات القبول بالموت فبطلت الوصية (فصار) حكم هذا (كموت المشترى قبل قبوله بعد إيجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته و إنما توقفت لحق الموصى له فإذا مات دخل في ملكه) لأن موته بلا رد دليل القبول و بين نظيره بقوله (كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات قبل الإجازة) فان البيع يتم و تكون السلعة موروثة عن المشترى فكذا هنا يكون الوصية موروثة عن الموصى له. (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أوصى و عليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فانه) أي فان الدين (فرض) أي أداؤه (و الوصية تبرع و أبدا يبدأ بالأهم فالأهم إلا أن تبرئه الغرماء) أي أصحاب الديون (لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية)

---

(١) هي. ن. هو. (٢) ثم القبول الخ. و القبول بالفعل كتنفيذ وصية أو شراء شيء لورثته أو قضاء دين كقبوله بالقول هندية عن محيط السرخسي.

على الحد المشروع لحاجته إليها. قال و لا تصح وصية الصبى و قال الشافعي رحمه الله تعالى تصح إذا كان في وجوه الخير لأن عمر رضى الله تعالى عنه أجاز وصية يفاع أو يافع و هو الذى راهق الحلم

حينئذ (على الحد المشروع لحاجته إليها) أى لحاجة الموصى الميت إلى الوصية و قال (١) الزمخشرى إنما قدم الوصية على الدين في قوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ مع أن الدين مقدم عليها شرعا لما أن الوصية مشبهة للميراث فى كونها مأخوذة من غير عوض فكان إخراجها مما يشق على الورثة و يتعاظمهم و لا تطيب أنفسهم بها فكان أداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين فان نفوسهم مطمئنة إلى أدائه فلذلك قدمت على الدين بعثا على وجوبها و المسارعة إلى إخراجها مع الدين و لذلك جيء بكلمة أو للتسوية بينهما فى الوجوب. (قال) أى القدورىّ (و لا تصح وصية الصبى) سواء مات قبل الادراك أو بعده و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى فى قول و أصحاب الظواهرّ و هو قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و الحسن و مجاهد رحمهما الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تصح) أى وصية الصبى (إذا كان في وجوه الخير) و به قال (٣) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و هو قول الشعبى و النخعى و عمر بن عبد العزيز و شريح و عطاء و الزهرى و اياس و عبدالله بن عتبة رحمهم الله تعالى و قال ابن الجلاب البصرى المالكىّ فى كتاب التفريع وصية الصبى المميز جائزة و قال (٤) الغزالىّ فى وجيزه و لا تصح الوصية من المجنون و الصبى الذى لا يميز و فى الصبى المميز قولان (لأن عمر رضى الله تعالى عنه أجاز وصية يفاع أو يافع و هو الذى راهق الحلم) روى (٥) مالكّ فى الموطا عن عبدالله بن أبى بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه إن ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان و وارثه بالشام و هو ذو مال و ليس له ههنا إلا بنت عم له فقال له عمر رضى الله تعالى عنه فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بير جشم فقال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم و بنت عمه التى أوصى لها هى أم عمرو بن سليم و رواه (٦) عبدالرزاقّ.

---

(١)قال الزمخشرى فى الكشاف فى تفسير قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين الآية. النساء: ١١. (٢)و به قال الشافعىّ الخ. كذا فى المغنى ص٥٢٧ ج٦. (٣)و به قال مالك الخ. كذا فى المغنى. (٤)قال الغزالىّ فى وجيزه مع العزيز ص٣ ج٧. (٥)روى مالكّ فى الموطا فى الوصية (باب) جواز وصية الضعيف و الصغير و المصاب و السفيه ص٦٤٨. (٦)رواه عبدالرزاقّ فى الوصايا (باب) وصية الغلام ص٧٧ ج٩.

و لأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى و لو لم تنفذ يبقى على غيره و لنا أنه تبرع و الصبي ليس من أهله و لأن قوله غير ملزم و في تصحيح وصيته قول بإلزام قوله و الأثر

في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن عمرو بن سليم الغساني أوصى و هو ابن عشر أو ثنتى عشرة ببئر له قومت بثلاثين ألفا فأجاز عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه وصيته و قال (١) البيهقيّ عمرو بن سليم الزرقي لم يدرك عمر رضي الله تعالى عنه إلا أنه ذكر في الخبر انتسابه إلى صاحب القصة إلا أنه قوله يفاع (٢) بفتح الياء آخر الحروف و بالفاء المخففة و بعد الألف عين مهملة و في الجمهرة غلام يفع و يافع و يفعة و قد أيفع يوفع إيفاعا إذا تحرك و شب و الجمع أيفاع و يفاع قطعة من الجبل و قال الكسائيّ غلام يفاع بمعنى يافع و جمعه يفعان و يقال صبي يافع لا موفع و هو من النوادر قلت ذكر في كتاب خلق الإنسان عن أبي عبيدّ قال بعضهم الحزور و اليافع و المترعرع واحد إذا لم يبلغ الصبي الحلم يقال غلام يافع و جمعه ايفاع قال أبو عبيدّ قال الكسائيّ و هو على خلاف القياس و القياس أن يقال موفع و يقال غلام يفعة (و لأنه) أي و لأن إيصاء الصبي (نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى) أي القرب إلى الله تعالى و الدرجة العليا (و لو لم تنفذ) أي وصيته (يبقى) ماله (على غيره) أي على غير الصبي و لو نفذت يبقى ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية بماله فكانت الوصية أولى (و لنا أنه تبرع) أي أن إيصاءه تبرع (و الصبي ليس من أهله) أي من أهل التبرع و لهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحياة بالإجماع بالهبة أو الصدقة فكذلك لا يملكه بطريق الوصية أيضا قياسا على الإعتاق (و لأن قوله) أي قول الصبي (غير ملزم و في تصحيح وصيته قول بإلزام قوله) لأن الوصية لازمة بعد الموت (و الأثر) أي الأثر الذي روى عن عمر بن الخطاب

---

(١) قال البيهقيّ في الوصايا باب ما جآء في وصية الصغير ص ٢٨٢ ج٦. (٢) يفاع الخ. و في تاج العروس: (اليفع محركة و) اليفاع (كسحاب التل) المشرف و قيل هو المشرف من الأرض و الجبل و قيل هو قطعة منهما فيها غلظ (و أمكنة يفوع بالضم مرتفعة) قال ابن بريّ هو جمع يفاع (و غلام يافع) أي مترعرع (ج يفعة) و يفعان (كطلبة و كثبان و) يقال (غلام يفع محركة) بمعناه و (ج ايفاع) كسبب و أسباب و قد يكون جمع يافع كصاحب و أصحاب و شاهد و أشهاد (و غلام يفعة محركة) و وفعة و أفعة بالياء و الواو و الألف (و لا يثنى و لا يجمع) كما في العباب (و يفع الجبل كمنع صعده و) يفع (الغلام راهق العشرين كأيفع) و في الصحاح أيفع ارتفع و في النهاية شارف الاحتلام (و هو يافع لا موفع) و هو من النوادر اه ملخصا. و في المغرب عن التكملة: غلام يفاع بمعنى يافع و جمعه يفعان (بالضم) اه.

محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه و أمر دفنه و ذلك جائز عندنا و هو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه

رضي الله تعالى عنه (محمول على أنه) أي اليفاع المذكور (كان قريب العهد بالحلم مجازا) أي من حيث المجاز يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير و مثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء بإسم ما كان عليه (أو كانت وصيته) جواب ثان عن الأثر المذكور أي أو كانت وصية اليفاع المذكور (في تجهيزه و أمر دفنه و ذلك جائز عندنا و هو يحرز الثواب بالترك على ورثته) هذا جواب عن قوله و لأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى (كما بيناه) أشار به إلى قوله إن كانت الورثة فقراء إلى آخره و قال الأترازي رحمه الله تعالى و في الجواب عن حديث عمر رضي الله تعالى عنه تخبط جواب المشايخ رحمهم الله تعالى و بين ذلك بالجوابين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله تعالى ثم قال و فيهما نظر عندي لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لإبنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه و كيف يقال يحتمل أنه كان أدرك لكن سمي غلاما مجازا لأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم انتهى قلت نسبة التخبط في هذا في نفس الأمر إلى المصنف لأن الوجهين المذكورين هو الذي ذكرهما و أجاب الأكمل عنه بقوله و أجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه و قوله انه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه و أمر دفنه انتهى و قال الأترازي الجواب الصحيح و طول فيه و ملخصه أن من أدرك عصر الصحابة رضي الله تعالى عنهم من التابعين كسعيد بن المسيب و الحسن و الشعبي و النخعي رحمهم الله تعالى يعتد بخلافه في إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه ثم روى أصحابنا في كتبهم عن الشعبي و النخعي و الحسن رحمهم الله تعالى أنهم قالوا لا تجوز وصية المراهق فبطل الإحتجاج بالاجماع لأنه لا إجماع للصحابة رضي الله تعالى عنهم مع اختلافهم فبقي تقليد الصحابي رضي الله تعالى عنه و هو ليس بواجب عند الخصم فكيف يحتج به على غيره انتهى و الجواب الصحيح ما قاله الطحاوي رحمه الله تعالى و الاحتجاج بهذا الأثر لا يصح من الشافعي رحمه الله تعالى لأنه مرسل لأنه رواية عمرو بن سليم و هو ممن لم يلق عمر رضي الله تعالى عنه و أبلغ من هذا ما قاله ابن حزم إن هذا الأثر لم يصح عن عمر رضي الله تعالى عنه و خالفه ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و هو أيضا مخالف لقوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ الآية فإنها تدل على أن الصبي ممنوع من ماله و في المبسوط و المرسل و إن كان مقبولا عندنا لكن هذا يخالف عموم قوله عليه الصلاة و السلام

و المعتبر فى النفع و الضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه و لا وصيه و إن كان يتفق نافعا فى بعض الأحوال و كذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة و كذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا و تعليقا كما فى الطلاق و العتاق بخلاف العبد و المكاتب لأن أهليتهما مستتمة و المانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه. قال و لا تصح وصية المكاتب و إن ترك وفاء لأن ماله لا يقبل التبرع

رفع القلم عن ثلاث الحديث قال الأكملؒ و فيه نظر لأن المراد بالقلم التكليف و ما نحن فيه ليس منه فليتأمل (١) (و المعتبر فى النفع و الضرر) هذا تنزل فى الجواب كأنه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر به فى النفع و الضرر (النظر إلى أوضاع التصرفات) يعنى يعتبر فى التصرفات أصل الوضع لا الأحوال و الوصية فى أصل الوضع مزيلة للملك و قد يقع النفع فيها فى بعض الأحوال و قد لا يكون فيها نفع كأن أوصى لفاسق ينفق ذاك المال فى الفسق و هذا إعانة على المعصية لا ينبغى فى نيل الزلفى (لا إلى ما يتفق بحكم الحال) يعنى لا النظر إلى ما يتفق بحكم الحال من العوارض اللاحقة (اعتبره) أى اعتبر ما ذكرنا (بالطلاق فإنه) أى فإن الصبى (لا يملكه) أى لا يملك الطلاق (و لا وصيه) أى و لا يملك وصى الصبى أيضا يعنى الطلاق (و إن كان) كلمة إن وصلية أى و إن كان الطلاق (يتفق نافعا فى بعض الأحوال) بأن يطلق إمرأة معسرة شوهاء و يتزوج بأختها الموسرة الحسناء أو يطلقها بأن كانت زانية سليطة و يتزوج بالصالحة لأن ذلك من العوارض و الوصية فى الأصل تبرع و الصبى ليس من أهله (و كذا) أى لا تصح الوصية (إذا أوصى) أى الصبى بوصية (ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة) أى وقت مباشرة الوصية (و كذا) أى لا تصح الوصية (إذا قال) أى الصبى (إذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه) أى الإيصاء (تنجيزا و تعليقا) أى من حيث التنجيز كما فى الوجه الأول و من حيث التعليق كما فى الوجه الثانى (كما فى الطلاق و العتاق) حيث لا يملكهما الصبى تنجيزا و لا تعليقا (بخلاف العبد و المكاتب) يعنى إذا قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فثلث مالى وصية يصح (لأن أهليتهما مستتمة) أى تامة (و المانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه) أى سقوط المانع. (قال) أى القدورىؒ (و لا تصح وصية المكاتب و إن ترك وفاء) كلمة إن وصلية (لأن ماله) أى مال المكاتب (لا يقبل التبرع) و لهذا لا يصح عتقه و هبته

---

(١) فليتأمل. أقول قد يقال دفع التكليف دليل الحجر عن الأقوال و التصرفات فان ذلك لازم له شرعا تأمل شامية.

و قيل على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا تصح و عندهما تصح ردا لها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك و الخلاف فيها معروف عرف فى موضعه. قال و تجوز الوصية للحمل و بالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية

(و قيل (١) على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا تصح و عندهما) أى و عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (تصح ردا لها) أى قياسا لهذه المسألة (إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك و الخلاف فيها معروف عرف فى موضعه) يعنى فى باب الحنث فى ملك المكاتب و المأذون من أيمان الجامع الكبير و ما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عتق عندهما لهما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك كامل قابل للاعتاق و هو ما بعد الحرية و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر و هو ما قبل الاعتاق و الثانى غير ظاهر و هو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر. (قال) أى القدورىّ (و تجوز (٢) الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة (و بالحمل) كما إذا أوصى بما فى بطن جاريته و لم يكن من المولى (إذا وضع (٣) لأقل (٤) من ستة أشهر من وقت الوصية) أراد أنه إذا علم أنه ثابت موجود فى البطن وقت الوصية له أو به و معرفة ذلك بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوىّ و اختاره المصنفّ و

(١) و قيل على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الخ. هذا الخلاف فيما إذا أوصى بثلث ماله مثلا أما لو أوصى بعين من ماله فلا تصح إجماعا شامى عن ط. (٢) تجوز الوصية للحمل و بالحمل الخ. قال ابن قدامةّ لا نعلم فيه خلافا و بذلك قال الثورى و الشافعى و اسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى كذا فى المغنى ص ٤٧٤ ج٦.
(٣) إذا وضع لأقل من ستة أشهر إذ لو ولد لستة أشهر أو لأكثر احتمل وجوده و عدمه فلا تصح شامى عن اتقانى.
(٤) لأقل من ستة أشهر لو زوج الحامل حيا و لو ميتا و هى معتدة حين الوصية فلأقل من سنتين بدليل ثبوت نسبه اختيار و جوهرة و لا فرق (أى فى صحة الوصية للحمل أو به) بين الآدمى و غيره من الحيوانات و مدة الحمل (أى أقل مدته) للآدمى ستة أشهر و للفيل إحدى عشرة سنة و للابل و الخيل و الحمار سنة و للبقر تسعة أشهر و للشاة خمسة أشهر و للسنور شهران و للكلب أربعون يوما و للطير أحد و عشرون يوما قهستانى معزيا للاستيفاء كذا فى الدر و فى الرد على الدر: (قوله و لو ميتا) مثل الموت الطلاق البائن ط أقول و مثله لو أقر الموصى بأنها حامل فتثبت الوصية له إن وضعته ما بين سنتين من يوم أوصى لأن وجوده فى البطن عند الوصية ثبت باقرار الموصى فانه غير متهم فيه لأنه موجب له ما هو خالص حقه بناء على هذا الاقرار و هو الثلث فيلحق بما لو صار معلوما يقينا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر اه تافلانى عن مبسوط سرخسى (قوله فلأقل من سنتين) أى من وقت الموت أو الطلاق و لو كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ط اه.

أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله و الجنين صلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لأنها تمليك محض و لا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئا و أما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية و بابها أوسع لحاجة الميت و عجزه و لهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود أولى.

صححه الاسبيجابي في شرح الكافي و من وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث و اختاره (١) صاحب النهاية (أما الأول) و هو الوصية للحمل (فلأن الوصية استخلاف من وجه) دون وجه (لأنه يجعله خليفة في بعض ماله) بعد موته لا أنه يملكه في الحال (و الجنين صلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته) أي لأن الوصية أخت الإرث فان قيل لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله (إلا أنه) أي فعل الوصية أو الإيصاء (يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك) دون الميراث لعدم ذلك فيه (بخلاف الهبة) متصل بقوله و تجوز الوصية للحمل يعني أن الهبة للحمل لا تصح (لأنها) أي لأن الهبة (تمليك محض) و الجنين ليس بصالح لذلك لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض (و لا ولاية لأحد عليه) أي على الجنين (ليملكه شيئا) يحصل الملك فيه بالقبض (و أما الثاني) و هو الوصية به (فلأنه) أي الحمل (بعرض الوجود) أي بعرضية الوجود (إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية) فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت و بذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة و لقائل أن يقول في كلام المصنف رحمه الله تعالى تناقض ظاهر لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يكون موجودا و إذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود و الجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه و معنى قوله إذا علم وجوده تحققه و كونه في بطن الأم فاندفع التناقض (و بابها) أي باب الوصية (أوسع لحاجة الميت و عجزه و لهذا) أي و لأجل ذلك (تصح) أي الوصية (في غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود أولى) إيضاح ذلك ما قاله

(١) اختاره صاحب النهاية. وذكر في الكافي ما يدل على أنه إن أوصى له يعتبر من وقت الوصية و إن أوصى به يعتبر من وقت الموت زيلعي أقول هذا الذي ينبغي اعتماده فان أصحاب المتون كما صرحوا بما مر فقد صرحوا أيضا في آخر باب الوصية بالخدمة بأنه لو أوصى بصوف غنمه و ولدها أي الحمل له الموجود عند موته فهو مخصص لاطلاقهم هنا شامي.

قال و من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية و الاستثناء لأن إسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا و لكنه يستحق بالإطلاق تبعا فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها و لأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه و هذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه إذ لا فرق بينهما و ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه و قد مر في البيوع. قال و يجوز للموصى الرجوع عن الوصية لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة و قد حققناه في كتاب الهبة

الكرخيّ في مختصره في رجل أوصى له بثمرة بستان و هو يخرج من الثلث ثم مات فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال في ذلك إن كان فيه ثمرة فليس له إلا تلك الثمرة و إن لم يكن فيه ثمرة فله ثمرته أبدا من الثلث و إن أوصى بغلته فله غلته أبدا من الثلث لأن الغلة على الأبد و الثمرة على القائمة بعينها ليس له غيرها و إن كان البستان ليس له مال غيره و أوصى بغلته لرجل أبدا و فيه ثمرة أو ليس له فيه ثمرة فهو سواء له ثلث الثمرة التي فيه و ثلث ما يستقبل من ثمره. (قال) أي القدوريّ (و من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية و الاستثناء) يعني تكون الجارية للموصى له بها و يكون الحمل للورثة (لأن إسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا) أي من حيث اللفظ أي من حيث اللغة لأنه لا يفهم منها فإذا كان كذلك صح إفراد الأم بالايصاء باستثناء الحمل (و لكنه يستحق بالاطلاق تبعا) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن إسم الجارية لا يتناول الحمل فإنه لو لم يستثن استحقه الموصى له و لو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله و تقرير الجواب بأنه يستحق الحمل بالاطلاق تبعا يعني أنه لم يتناوله بالعموم بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الافراد (فاذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها) يعني إذا أفرد الأم لم يبق مطلقا بل تقيدت الأم بالافراد فصحت الوصية بها لا مفردة (و لأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه و هذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه) أي من العقد و لهذا لو قال لفلان عليّ ألف درهم إلا قفيز حنطة صح الاستثناء و إن كان صدر الكلام لا يتناولها (إذ لا فرق بينهما) أي بين صحة إفراد العقد عليه و بين صحة الاستثناء لأن كل واحد منهما يعتمد على كون المحل معلوما (و ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه) كما في شراء جارية إلا حملها (و قد مر في البيوع) أي في باب البيع الفاسد. (قال) أي القدوريّ (و يجوز للموصى الرجوع عن الوصية لأنه) أي لأن الوصية على تأويل الايصاء و في بعض النسخ لأنها فلا يحتاج إلى التأويل (تبرع لم يتم) لأنه مضاف إلى ما بعد الموت و التبرع النافذ و هو الهبة يحتمل الرجوع فالمضاف أولى (فجاز الرجوع عنه كالهبة و قد حققناه في كتاب الهبة)

و لأن القبول يتوقف على الموت و الايجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع. قال و إذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا

أجمع (١) أهل العلم على أن للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به و في بعضه إلا الوصية بالاعتاق فالأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضا و هو قول الأئمة الأربعة و عطاء و جابر بن زيد و الزهري و قتادة و اسحاق و أبي ثور رحمهم الله تعالى و روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته و لم يعلم له مخالف فحل محل الاجماع و قال الشعبي و ابن سيرين و ابن شبرمة و النخعي رحمهم الله تعالى يغير منها ما شاء إلا العتق (و لأن القبول) في الوصية (يتوقف على الموت) أي موت الموصي (و الايجاب (٢) يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع) فانه يجوز فيه رجوع البائع قبل قبول المشترى. (قال) أي القدوري (و إذا صرح بالرجوع) بأن قال رجعت من وصيتي لفلان (أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) و في الذخيرة الرجوع قد يثبت صريحا و قد يثبت دلالة و قد يثبت ضرورة و الرجوع دلالة أنواع أحدها استهلاك الموصى به حقيقة أو حكما كما أوصى بثوب فقطعه و خاطه قميصا أو بقطن فغزله و نسجه أو بحديدة فصنعها سيفا فهذه التصرفات استهلاك حكما ألا ترى أن حق المغصوب منه ينقطع بهذه التصرفات و نوع من ذلك أن يخلطه بغيره خلطا لا يمكن التمييز أصلا كالسويق إذا لته بسمن و نوع من ذلك أن يحدث نقصانا فيه حتى خرج من هيئة الادخار و البقاء إلى يوم الموت بأن كان شاة فذبحها و أما الرجوع ضرورة بأن يتغير الموصى به و يتغير اسمه لأنه لا يبقى بهذا الموصى به بذلك الاسم إلى يوم الموت كما لو أوصى بحنطة فهبت الريح و ألقتها في طاحونة فصارت دقيقا قبل موت الموصي بطلت الوصية و كذا لو (٣) أوصى بالكفرى في

(١)أجمع أهل العلم الخ. كذا في المغني ص٤٨٥ ج٦. (٢)الايجاب أي الايجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع أولى عناية اعلم أن الرجوع في الوصية على أنواع ما يحتمل الفسخ بالقول و الفعل كالوصية بعين و ما لا يحتمله إلا بالقول كالوصية بالثلث أو الربع فانه لو باع أو وهب لم تبطل و تنفذ الوصية من ثلث الباقي و ما لا يحتمله إلا بالفعل كالتدبير المقيد فلو باعه صح لكن لو اشتراه عاد لحاله الأول و ما لا يحتمله بهما كالتدبير المطلق شامي عن اتقاني و قهستاني. (٣)لو أوصى بالكفرى الخ. و في الهندية عن الكافي: و إن أوصى بما في نخيله من الكفرى فصار بسرا قبل موت الموصي أو أوصى بالبسر فصار رطبا قبل موته بطلت الوصية و لو أوصى ببسر فصار بعضه رطبا بطلت الوصية فيما صار رطبا و بقيت فيما كان بسرا اعتبارا للبعض بالكل و لو أوصى برطب فصار تمرا قبل موته أو بحمل فصار كبشا لا تبطل الوصية استحسانا اه ملخصا.

أما الصريح فظاهر و كذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت و صار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصى كان رجوعا و قد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب و كل فعل يوجب زيادة في الموصى به و لا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلته بالسمن و الدار يبنى فيه الموصى و القطن يحشو به و البطانة يبطن بها و الظهارة يظهر بها لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة و لا يمكنه نقضها لأنه حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها و هدم بنائها

نخلة فصارت رطبا أو أوصى بعنب فصار زبيبا أو أوصى ببيض فحضنت دجاجة عليها فأخرجت فراريخ بطلت الوصية و لو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصى قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية لأن التغير حصل بعد تمام الوصية فلا يوجب بطلانها (أما الصريح فظاهر و كذا الدلالة) أي و كذا الرجوع بالدلالة (لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت و صار كالبيع بشرط الخيار) للمشترى فانه إذا فعل فعلا مما يدل على إبطال خياره يبطل (فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة) كما يبطل بالصريح (ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك) نحو قطع الثوب و خياطته بعد قطعه فانه يضمن قيمته و ينقطع حق المالك عنه (فاذا فعله الموصى) أي فاذا فعل الموصى هذا الفعل الذى ينقطع به حق المالك (كان رجوعا) أي كان فعله هذا رجوعا عن الوصية (و قد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب) الأفاعيل جمع فعل على غير القياس و كأنه جمع أفعولة كأنه كالأباطيل جمع باطل و في الحقيقة كأنه جمع أبطولة (و كل فعل يوجب زيادة في الموصى به) بحيث لا يمكن تمييزها (و لا يمكن تسليم العين إلا بها) أي إلا بتلك الزيادة (فهو رجوع) عن الوصية (إذا فعله) أي إذا فعل الموصى ذلك الفعل ثم ذكر لها صورا بقوله (مثل السويق يلته بالسمن) أي يخلطه بالسمن (و الدار) أي و مثل الدار الموصى به (يبنى فيه الموصى و القطن يحشو به) أي و مثل القطن الموصى به يحشو به جبة و نحوها (و البطانة) أي و مثل البطانة الموصى بها (يبطن بها) أي يجعلها تحت الظهارة (و الظهارة) أي و مثل الظهارة الموصى بها (يظهر بها) أي يجعلها فوق البطانة (لأنه لا يمكنه تسليمه) أي تسليم شيء من هذه الأشياء (بدون الزيادة) و هو ظاهر (و لا يمكن نقضها) أي نقض الزيادة (لأنه حصل في ملك الموصى من جهته) لا من جهة غيره (بخلاف تجصيص الدار الموصى بها) أي تبييضها بالجص (و هدم بنائها)

لأنه تصرف في التابع و كل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعا و ذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا و غسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا. قال و من جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يكون رجوعا لأن الرجوع نفي في الحال و الجحود نفي في الماضي و الحال فأولي أن يكون

حيث (١) لا يكون رجوعا عندنا و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى يكون رجوعا لأنه تصرف أوجب تغير الموصى به و دليلنا هو قوله (لأنه تصرف في التابع) و هو البناء و التصرف في التابع لا يدل على إسقاط الحق في الأصل و التجصيص زينة و البناء تبع فصار كما لو غسل الثوب الموصى به (و كل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع) عن الوصية (كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه) أي فيما وهبه لأن البيع و الهبة أوجبا زوال ملكه فمحال أن تبقى الوصية معه (لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فاذا أزاله كان رجوعا و ذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه) أي لأن ذبحه (للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا) أراد بهذا المعنى هو الصرف لحاجته (و غسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا) للوصية و في وجه للشافعية يكون رجوعا و هذا هو الأقرب لأن التعليل المذكور ضعيف لأن من أراد أن يوصي ثوبا جديدا أو يعطي الآخر ثوبا جديدا لا يغسله عادة على ما لا يخفى. (قال) أي القدوري (و من جحد الوصية لم يكن (٢) رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يكون رجوعا لأن الرجوع نفي في الحال) أي نفي للوصية في الحال (و الجحود نفي في الماضي و الحال فأولي (٢) أن يكون

---

(١) حيث لا يكون رجوعا أما تطيين الدار و تكليسها ففي الخانية ما نصه و إن طينها يكون رجوعا إذا كان كثيرا اه و فيها أيضا و لو أوصى بأرض ثم زرع فيها رطبة لا يكون رجوعا و إن غرس الكرم أو الشجرة كان رجوعا اه.

(٢) لم يكن رجوعا تنوير و درر و كنز و وقاية و في المجمع به يفتي و مثله في العيني ثم نقل عن العيون أن الفتوى على أنه رجوع و في السراجية و عليه الفتوى و أقره المصنف كذا في الدر المختار قال في شرح الملتقى و لكن المتون على الأول و لذا قدمه المصنف على عادته اه أقول و أخر في الهداية دليله فكان مختارا له قال في النهاية و جزم به في المواهب و الاصلاح قال في قضاء الفوائت من البحر و إذا اختلف التصحيح و الافتاء فالعمل بما وافق المتون أولى كذا في رد المحتار. (٢) فأولى أن يكون رجوعا ألا ترى أن جحود التوكيل عزل و جحود المتبايعين إقالة كفاية.

رجوعا و لمحمد رحمه الله تعالى أن الجحود نفى في الماضى و الإنتفاء في الحال ضرورة ذلك و إذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا أو لأن الرجوع إثبات في الماضى و نفى في الحال و الجحود نفى في الماضى و الحال فلا يكون رجوعا حقيقة و لهذا لا يكون جحود النكاح فرقة و لو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام و ربا لا يكون رجوعا لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل بخلاف ما إذا قال فهي باطلة

رجوعا و لمحمد رحمه الله تعالى أن الجحود نفى في الماضى و الإنتفاء في الحال ضرورة ذلك) يعنى أن الجحود لما كان نفيا في الماضى و الإنتفاء في الحال ضرورى فيكون النفى في الماضى متضمنا للانتفاء في الحال ضرورة (و إذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا) لكونه كاذبا في جحوده إذ الغرض أنه أوصى ثم جحد كان النفى في الماضى باطلا فيبطل ما هو من ضرورته و هو الإنتفاء في الحال فكان الجحود لغوا و اعلم أن القدورىّ لم يذكر الخلاف في مختصره في هذه المسألة و لم يذكر الخلاف محمد رحمه الله تعالى أيضا في كتبه و لكن جعل الجحود رجوعا في كتاب الوصايا و لم يجعله رجوعا في الجامع الكبير فمن هذا اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه فمنهم من قال في المسألة روايتان و منهم من قال ما ذكره في الجامع جواب القياس و ما ذكره في كتاب الوصايا جواب الاستحسان كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفىّ في شرح الجامع الكبير (أو لأن الرجوع) دليل آخر أى لأن الرجوع عن الوصية (إثبات في الماضى) أى إثبات الوصية في الماضى (و نفى في الحال) أى نفى للوصية في الحال (و الجحود نفى في الماضى و الحال جميعا فلا يكون رجوعا حقيقة) للمنافاة بين الإثبات و النفى (و لهذا) أى و لأجل كون الجحود نفيا في الماضى و الحال جميعا (لا يكون جحود النكاح فرقة) أى طلاقا لأن الطلاق نفى في الحال دون الماضى و قال الأكملّ لا يكون جحود النكاح فرقة يعنى مستعارا للطلاق لأن الجحود يقتضى عدم النكاح في الماضى و الطلاق يقتضى وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر (و لو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام و ربا لا يكون رجوعا) هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل الجامع الكبير إلا مسألة تأخير الوصية (لأن الوصف يستدعى بقاء الأصل) يعنى أن وصف الوصية بأنها حرام أو ربا يقتضى كون أصل الوصية باقيا لأنه لا وجود للصفة بدون قيامها بالموصوف فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة أو الربا دليل الرجوع (بخلاف ما إذا قال فهي باطلة) بأن قال كل وصية أوصيت بها

لأنه الذاهب المتلاشي و لو قال أخرتها لا يكون رجوعا لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما إذا قال تركت لأنه إسقاط و لو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لأن المحل يحتمل الشركة و اللفظ صالح لها و كذا إذا قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن الأول لما بينا و يكون وصية للوارث و قد ذكرنا حكمه و لو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الأولى على حالها لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثانى و لم يتحقق فبقي للأول و لو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهى للورثة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع و الثانية بالموت و الله أعلم.

لفلان فهي باطلة حيث يكون دليل الرجوع (لأنه الذاهب المتلاشي و لو قال أخرتها لا يكون رجوعا) أى و لو قال كل وصية أوصيت بها أخرتها لا يكون رجوعا عن الوصية (لأن التأخير ليس للسقوط) يعنى لا يدل على السقوط (كتأخير الدين) فإنه لا يسقط به (بخلاف ما إذا قال تركت) بأن قال كل وصية أوصيت بها تركت (لأنه إسقاط) أى لأن الترك إسقاط ألا ترى أنك لو قلت لرجل لك عليه دين قد تركت عليك دينى كان تركا (و لو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك و إنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره (بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) بأن قال أوصيت بهذا العبد لهذا الرجل ثم قال أوصيت به لهذا الرجل و لرجل آخر لا يكون رجوعا (لأن المحل يحتمل الشركة و اللفظ صالح لها) لأنه يجوز أن يجتمع حقان فى عبد واحد (و كذا إذا قال فهو لفلان وارثى) بأن قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو لفلان وارثى (يكون رجوعا عن الأول لما بينا) أشار به إلى التعليل المذكور بقوله لأن اللفظ يدل على قطع الشركة إلى آخره (و يكون وصية للوارث و قد ذكرنا حكمه) و هو أنه يكون للوارث إذا أجازها الورثة و إن لم تجز الورثة يكون ميراثا (و لو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الأولى على حالها) يعنى لو قال كل وصية أوصيت بها فهى لفلان الآخر و كان فلان الآخر حين أوصى له ميتا لم يصح الرجوع لأنه لم يصح النقل عن الوصية الأولى لأن الوصية للميت باطلة فصار كأنه لم يوص لأحد بعد الوصية الأولى (لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثانى و لم يتحقق فبقي للأول و لو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهى للورثة) أى لورثة الموصى (لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع) أى برجوع الموصى عنها (و الثانية بالموت) أى بموت الموصى له الثانى قبل موت الموصى (و الله أعلم).

باب الوصية بثلث المال

قال و من أوصى لرجل بثلث ماله و لآخر بثلث ماله و لم تجز الورثة فالثلث بينهما لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا يزاد (١) عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم و قد تساويا في سبب الإستحقاق فيستويان في الإستحقاق و المحل يقبل الشركة فيكون بينهما و إن أوصى لأحدهما بالثلث و للآخر (٢) بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح و ضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه (٣) على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما و الأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل و سهمان لصاحب الأكثر و إن أوصى لأحدهما بجميع ماله

(باب (٤) الوصية بثلث المال)

أي هذا باب في بيان حكم الوصية بثلث المال (قال) أي القدوري (و من أوصى لرجل بثلث ماله و لآخر بثلث ماله و لم تجز (٥) الورثة فالثلث بينهما لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا تزاد عليه) أي لا تزاد الوصية على الثلث (عند عدم الإجازة على ما تقدم) من عدم الجواز بأكثر من الثلث (و قد تساويا في سبب الاستحقاق) و هو الإيصاء بالثلث (فيستويان في الاستحقاق و المحل يقبل الشركة فيكون بينهما) أي بين الموصى لهما بالثلث (و إن أوصى لأحدهما بالثلث و لآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا لأن كل واحد منهما يدلي) من أدليت الدلو في البئر إذا أرخيته فيها (بسبب (٦) صحيح و ضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب (٧) الديون فيجعل الأقل سهما و الأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل) و هو صاحب السدس (وسهمان لصاحب الأكثر) و هو صاحب الثلث (و إن أوصي لأحدهما بجميع (٨) ماله

---

(١) لا يزاد. ن. لا تزاد. (٢) للآخر. ن. لآخر. (٣) فيقتسمانه. ن. فيقسمانه. (٤) باب الوصية بثلث المال. لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب عناية. (٥) و لم تجز الورثة أي الوصيتين شامية فان أجازوا فلهما الثلثان و لهم الثلث عناية. (٦) بسبب صحيح. الفرق بين السبب الصحيح و غير الصحيح على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه فهو سبب صحيح و ما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه ليس بصحيح ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر إما إقرار أو بينة أو حكم حاكم لكنوية عن غاية. (٧) أصحاب الديون أي غرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه لكنوية عن غاية. (٨) بجميع ماله. قلت هذا غير قيد يعني عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و المراد به ما زاد على الثلث و لذا عبر في الملتقى بقوله و لو لأحدهما بثلثه و للآخر بثلثيه أو بنصفه أو بكله ينصف الثلث بينهما عنده و عندهما يثلث في الأول و يخمس خمسين و ثلاثة أخماس في الثاني و يربع في الثالث اه فالحكم عنده و هو التنصيف متحد في جميع صور الزائد على الثلث كلا أو غيره شامية.

و للآخر (١) بثلث ماله و لم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الثلث بينهما نصفان و لا يضرب أبو حنيفة رحمه الله تعالى للموصي له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة

و لآخر بثلث ماله و لم تجز (٢) الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما) أى عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى اعتبارا لعدم حالة الإجازة بحالة الإجازة (و قال (٣) أبو حنيفة رحمه الله تعالى الثلث بينهما نصفان و لا يضرب (٤) أبو حنيفة رحمه الله تعالى للموصى له بما زاد على الثلث) الحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يضرب الموصى له عند عدم الإجازة بأكثر من الثلث و به قال أبو ثور و ابن المنذر رحمهما الله تعالى و عندهما يضرب بعدد سهامهما في الثلث عند عدم الإجازة و به قالت (٥) الأئمة الثلاثة و الحسن و الثورى و النخعي و ابن أبي ليلى و إسحاق رحمهم الله تعالى (إلا فى المحاباة (٦)) صورتها عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف و مائة و قيمة الآخر ستمائة و أوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة و الآخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة

(١)للآخر.ن.لآخر. (٢)و لم تجز الورثة. قيد بعدم إجازة الورثة لأنه إذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة و لصاحب الثلث سهم واحد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و فى قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لصاحب الجميع ثلاثة أرباعه و لصاحب الثلث ربعه و الأصل فى جنس هذه المسائل أن القسمة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى عند إجتماع الوصايا فى العين بطريق المنازعة و عندهما بطريق العول اه شلبية عن غاية. (٢)و لم تجز الورثة فان أجازوا فعندهما يقسم الكل أرباعا و لا نص فيه عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقال أبو يوسف رحمه الله تعالى قياس قوله أن يسدس بطريق المنازعة لأن الثلثين لصاحب الكل فكان نزاعهما فى الثلث فنصف فالنصف الذى هو السدس لصاحب الثلث و الباقى للآخر و قال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى إن هذا تخريج قبيح لاستواء سهم صاحب الثلث فى حال الاجازة و عدمها و هو السدس فالصحيح أن يربع بطريق المنازعة بأن يقسم الثلث أولاً و هو أربعة من اثنى عشر بينهما نصفين لأن إجازتهم غير مؤثرة فى قدر الثلث و بقى الثلثان ثمانية أسهم يدعيهما صاحب الكل و سهمين منها صاحب الثلث ليتم له الثلث فتسلم الستة لصاحب الكل و يتنازعان فى السهمين بنصفين فينصفان فتحصل ثلاثة أسهم لصاحب الثلث و الباقى للآخر كما فى الحقائق و غيره قهستانى قلت و على قولهما يلزم استواء حالتى الاجازة و عدمها شامى و لا ضرر فى ذلك لأنهما يقولان بالتفاضل بدون الاجازة ففائدتها استحقاق ما زاد على الثلث فيقسم مع مراعاة التفاضل تأمل رافعى. (٣)قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و فى الشامية: الصحيح قول الامام رحمه الله تعالى كما فى تصحيح العلامة قاسمٌ و الدر المنتقى عن المضمرات و غيره اه. (٤)لا يضرب الخ. قال الفقهاء ضرب فى ماله سهما أى جعل و على ذا قوله فى المختصر أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يضرب للموصى له فيما زاد على الثلث على حذف المفعول كأنه قيل لا يجعل له شيئا فيه و لا يعطيه مغرب. (٥)و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص٤٦٥ ج٦. (٦)المحاباة من الحباء أى العطاء مغرب و فسرها القهستانيّ بالنقصان عن قيمة المثل فى الوصية بالبيع و الزيادة على قيمته فى الشراء اه شامى.

و السعاية و الدراهم المرسلة لهما فى الخلافية أن الموصى قصد شيئين الإستحقاق و التفضيل و امتنع الاستحقاق لحق الورثة و لا مانع من التفضيل فيثبت كما فى المحاباة و أختيها و له أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة إذ لا نفاذ لهما بحال فيبطل (١) أصلا و التفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه

لأحدهما بألف و للآخر بخمسمائة و الكل وصية لأنه فى حال المرض فان لم يكن له غيرهما و لم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته و هى الألف و الموصى له الآخر بحسب وصيته و هى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف فى أكثر من خمسمائة (و السعاية) صورتها أن يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف و قيمة الآخر ألفان و لا مال له غيرهما إن أجازت الورثة عتقا جميعا و إن لم يجيزوا عتقا من الثلث و ثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذى قيمته ألفان و يسعى فى الباقى و الثلث للذى قيمته ألف و يسعى فى الباقى (و الدراهم المرسلة) أى (٢) المطلقة صورتها أن يوصى لرجل بألفين و للآخر بألف درهم و ثلث ماله ألف درهم و لم تجز الورثة فانه يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لأن الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث و لا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله و لآخر بنصف ماله أو بجميع ماله لأن اللفظ فى مخرجه لم يصح لأن ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية و لا يخرج من الثلث (لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فى الخلافية) أى فى المسألة الخلافية و هى ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله و لآخر بثلثه (أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث (و التفضيل) أى تفضيل بعض أهل الوصايا على بعض (و امتنع الاستحقاق لحق الورثة و لا مانع من التفضيل فيثبت كما فى المحاباة و أختيها) و هما السعاية و الدراهم المرسلة (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ لها بحال) لأنها وصية بما زاد على الثلث و الموصى لا يملك ذلك عند عدم إجازة الورثة (فتبطل أصلا) أى فتبطل الوصية بالكلية (و التفضيل يثبت فى ضمن الإستحقاق فيبطل ببطلانه) أى يبطل الفضل ببطلان الاستحقاق لأنه إذا بطل

(١) فيبطل. ن. فبطل. (٢) أى المطلقة و هى ما كانت وصية بشيء بغير عينه و لم ينسب إلى جزء من المال كفاية.

كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه و هذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته و قيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث و إن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك و استفاد مالاً آخر تبطل الوصية و في الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة. قال و إذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة

الإستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع) إذا صح البيع صحت المحاباة و إذا بطل بطلت (بخلاف مواضع الإجماع) يعني المحاباة و أختيها (لأن لها) أي للوصية في هذه المواضع (نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة) بالإكتساب قبل الموت فيخرج هذه الوصايا من الثلث و هو معنى قوله (فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه) و هو ما إذا أوصى بجميع المال لواحد و لآخر بالثلث حيث لا يصح لأن ماله و إن كثر لا يخرج ذلك من الثلث فعلم أن الوصية لم تصح في مخرجه (و هذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته) هذا صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها و هو أنه إذا أوصى بعين من التركة مثل عبد أو فرس أو ثوب مثلا (و قيمته تزيد على الثلث فانه) أي فان الموصى له (يضرب بالثلث) و لا يضرب بأكثر منه (و إن احتمل أن يزيد المال) باكتساب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال (فيخرج من الثلث لأن (١) هناك الحق) أي حق الموصى له (تعلق بعين التركة بدليل أنه) أي عين التركة (لو هلك و استفاد مالاً آخر تبطل الوصية) و حق الورثة أيضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين (و في الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ) أي الوصية (فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) فلا يلزم بطلانه لأن الوصية في مخرجها صحيحة و لهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلثين. (قال) أي القدوري (و إذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية (٢) باطلة) و به قال (٣) أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و

(١) لأن هناك الحق الخ. قال الزيلعي و هذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله و مع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه و رده قاضي زاده بأن المحاباة متعلقة بالثمن لا العين كما أفصح عنه في الكافي اه. (٢) فالوصية باطلة لأن نصيبه ثبت بنص القرآن فاذا أوصى به لرجل آخر فقد أراد تغيير ما فرض الله تعالى فلا يصح منح و لا يلتفت إلى إجازة الورثة لأن الوصية لم تقع في ملكه و إنما أضافها إلى ملك غيره فصار كمن أوصى لرجل بملك زيد ثم مات فأجازه زيد فان ذلك لا يجوز كذا هنا اه مكي عن السراج ط شامي. (٣) و به قال أصحاب الشافعي الخ. كذا في المغني ص ٤٥٠ ج٦.

و لو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت و الثاني وصية بمثل نصيب الابن و مثل الشيء غيره و إن كان يتقدر به فيجوز و قال زفر رحمه الله تعالى يجوز (١) في الأول أيضا فنظر إلى الحال و الكل ماله فيه و جوابه ما قلنا. قال و من أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس و لا يزاد عليه و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

احمد رحمه الله تعالى في وجه و هذا إذا كان الابن موجودا و إن لم يكن له ابن صحت (و لو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) و في بعض النسخ و إن أوصى (لأن الأول) و هو الوصية بنصيب ابنه (وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) أي بعد موت الموصي (و الثاني) و هو الوصية بمثل نصيب ابنه (وصية بمثل نصيب الابن و مثل الشيء غيره و إن كان يتقدر به) كلمة إن وصلية أي و إن كان يتقدر مثل الشيء بالشيء (فيجوز (٢)) سواء كان له ابن أو لم يكن (و قال زفر رحمه الله تعالى تجوز (٣) في الأول أيضا) رواه الحسن بن زيادٌ عنه (فنظر إلى الحال) أي فنظر زفر رحمه الله تعالى إلى حال الوصية (و الكل ماله فيه) أي كل المال مال الموصي في ذلك الحال لكونه حيا بعد فيتصرف فيه كيف يشاء (و جوابه) أي جواب زفر رحمه الله تعالى (ما قلنا) و هو قوله لأن الأول وصية بمال الغير و به قال (٤) احمد رحمه الله تعالى. (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة) أي أقل أنصباء الورثة (إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس و لا يزاد عليه) أي على السدس (و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال (٤) احمد رحمه الله تعالى في رواية و بعض أصحاب مالك رحمه الله تعالى و قال بعض أصحابه يعطي له الثمن و

---

(١)يجوز.ن.تجوز. (٢)فيجوز. قال الخجنديّ فان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز لأن مثل الشيء غيره لا عينه فيعتبر نصيب الابن ثم يزاد عليه مثله فيكون له النصف فان أجازه الابن جاز و إن لم يجزه فله الثلث و إن كان له ابنان فله الثلث و لا يحتاج إلى الاجازة و إن أوصى بمثل نصيب بنته و له بنت واحدة كان له نصف المال لأنه مثل نصيب البنت فان أجازته جاز و إن لم تجزه فله الثلث و إن كان له ابنتان كان له الثلث لأن للبنتين ثلثي المال لكل واحدة ثلث فمثل نصيب إحداهما الثلث و لو أوصى بنصيب ابن لو كان يعطى نصف المال إن أجازت الورثة و إن أوصى بمثل نصيب ابن لو كان يعطى ثلث المال لأنه أوصى له بمثل نصيب ابن معدوم فلا بد من أن يقدر نصيب ذلك الابن سهم أيضا فقد أوصى له بسهم من ثلثة بخلاف الأولى فانه هناك أوصى بنصيب ابن لو كان و لم يقل بمثل نصيب ابن لو كان اه جوهرة. (٣)تجوز في الأول أيضا و به قال احمد رحمه الله تعالى في وجه و هذا قول مالك و أهل المدينة و اللؤلؤي و أهل البصرة و ابن أبي ليلى و داود رحمهم الله تعالى كما في المغني ص ٤٥٠ ج٦. (٤)و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية و هو قول علي و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما و الحسن و اياس بن معاوية و الثوري رحمهم الله تعالى كما في المغني ص٤٤٥ ج٦.

و قالا له مثل نصيب أحد الورثة و لا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما فى الوصية و الأقل متيقن به فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة

قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية يعطى له سهم مما تصح منه الفريضة و هذا قول شريح رحمه الله تعالى (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (له) أى للموصى له بالسهم من ماله (مثل نصيب أحد الورثة و لا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة) و قال الشافعى و ابن المنذر رحمهما الله تعالى يعطيه الورثة ما شاءوا لأن ذلك يقع عليه السهم كما لو أوصى له بجزء أوحظ (لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما فى الوصية) لأن الوصية أخت الميراث (و الأقل متيقن به فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة) و قد طول الأترازىّ هنا بالنقل عن الكتب فقال محمدّ عن يعقوبّ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال إذا أوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب أحد الورثة إلا أن يكون ذلك أكثر من السدس فيكون له السدس و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى له مثل نصيب أحد الورثة إلا أن يكون أكثر من الثلث فلا يجوز له إلا الثلث إلا أن يسلم الورثة هذا لفظ محمد رحمه الله تعالى فى الأصل و قال القدورىّ فى التقريب قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا أوصى بسهم من ماله فإنه يراد به سهم من سهام الورثة أخس انصبائهم فيعطى الموصى له مالم يجاوز السدس فإن جاوزه لم يزد عليه قال هذا رواية الأصل و فى الجامع الصغير لم ينقص عن السدس إلى هنا لفظ التقريب و قال الطحاوىّ فى مختصره و من أوصى لرجل بسهم من ماله فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يقول إن كانت الفريضة أقل من ستة أسهم كان له السدس و إن كانت الفريضة أكثر من ستة أسهم كان له أحسن سهام الورثة و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى له مثل أحسن سهام الورثة فى هذه الوجوه كلها مالم يجاوز ذلك الثلث فان جاوز الثلث جاز له منه الثلث و لم يجز له سواه انتهى و قال الإمام الاسبيجابىّ فى شرح الطحاوىّ و لو أوصى بسهم من ماله فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ينظر إلى سدس جميع المال و إلى آخر سهام الورثة أيهما كان أقل فله ذلك بيان هذا إذا كانت الفريضة من أربعة أو من ثلاثة فالسدس أقل من أخس سهام الورثة فيعطى إياه و لو كانت الفريضة أكثر من ستة فلا يعطى له السدس و إنما يعطى له أخس سهام الورثة و عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يعطى أخس سهام الورثة فى الأحوال كلها إلا إذا جاوز أخس السهام الثلث فحينئذ يعطى له الثلث و لا يعطى الأخس و كذلك

و له أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و قد رفعه إلى النبى عليه الصلاة و السلام فيما يروى و لأنه يذكر و يراد به السدس فإن إياسا رحمه الله تعالى قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس

هذا الاختلاف فيمن أقر بسهم من داره لفلان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يقع ذلك على سدس داره و عندهما التفسير إلى المقر و كذلك لو أعتق سهما من عبده عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يعتق سدسه و عندهما يعتق كله لأن العتق عندهما لا يتجزأ كذا فى شرح الطحاوىؒ و قال فخر الإسلامؒ فى شرح الجامع الصغير و حاصله أن السهم اسم للسدس عند أبى حنيفة و عندهما اسم للجزء من حصة الورثة من غير تقدير بالسدس انتهى و قال الأكملؒ و اعلم أن عبارة المشايخ و الشارجين فى هذا الموضع اختلفت اختلافا كثيرا لا يكاد يعلم منه شيء و سبب ذلك اختلاف رواية المبسوط و الجامع الصغير قال فى الكافى فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة رحمه الله تعالى النقصان من السدس و لم يجوز الزيادة على السدس و على رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس و لم يجوز النقصان عن السدس و رواية المصنف رحمه الله تعالى تخالف كل واحدة منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس فى رواية المبسوط و قوله و لا يزاد عليه ليس فى رواية الجامع الصغير فإما أنه اطلع على رواية غيرهما و إما أنه جمع بينهما انتهى (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه) رواه محمدؒ فى الأصل عن عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال له السدس (و قد رفعه) أى و قد رفع هذا الحديث عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه (إلى النبى ﷺ فيما يروى) على بناء الفاعل و الضمير فيه يرجع إلى ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و قد أخرج (١) المرفوع البزارؒ فى مسنده و الطبرانىؒ فى معجمه عن محمد بن عبيد الله العرزمى عن أبى قيس عن هذيل بن شرحبيل عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أن رجلا أوصى لرجل بسهم من ماله فجعل له النبى ﷺ السدس و أبو قيس ليس بالقوى و قد روى عنه شعبة و الثورى و الأعمش و غيرهم و اسم أبى قيس عبد الرحمن بن ثروان و ذكره عبد الحقؒ فى أحكامه من جهة البزارؒ و قال العرزمى متروك (و لأنه) أى و لأن السهم (يذكر و يراد به السدس فان إياسا رحمه الله تعالى قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس) و إياس هو ابن معاوية بن قرة القاضى بالبصرة ولاه عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى و مات سنة

(١) قد أخرج المرفوع الخ. كذا فى نصب الراية ص٤٠٧ ج٤.

و يذكر و يراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم و في عرفنا السهم كالجزء. قال و لو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل و الكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية و الورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان قال و من قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي و أجازت الورثة فله ثلث المال و يدخل السدس فيه و من قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لأن السدس ذكر معرفا بالإضافة إلى المال و المعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعهود في

اثنين و عشرين و مائة و هو من كبار التابعين (و يذكر و يراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا) و هو السدس (قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى في شروح الجامع الصغير (هذا كان في عرفهم و في عرفنا (١) السهم كالجزء) لأنه لا يراد به نصيب أحد الورثة و لا السدس. (قال) أي القدوري (و لو أوصى بجزء (٢) من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل و الكثير غير أن الجهالة) أي جهالة الموصى به (لا تمنع صحة الوصية و الورثة قائمون مقام الموصى فإليهم) أي فإلى الورثة (البيان) و قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا و إذا أوصى بجزء من ماله أو ببعض من ماله أو بشقص من ماله فللورثة أن يعطوا ما شاؤوا و كذا إذا أوصى بحظ من ماله (قال و من قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي و أجازت الورثة فله ثلث المال و يدخل السدس فيه) أي في الثلث لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث و يحتمل أنه أراد به إيجاب الثلث على السدس فيجعل كلامه في السدس تكرارا حملا لكلامه على المتيقن و على ما يملك الإيصاء به و هو الثلث و قيل إنما قال و أجازت الورثة لدفع وهم و هو أن يقال ينبغي أن يكون للموصى له نصف المال لأن الثلث مع السدس نصف المال و فيه نوع تأمل (و من قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لأن السدس ذكر معرفا بالإضافة إلى المال و المعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعهود (٣) في

(١) و في عرفنا أي عرف العجم شامية عن در منتقى (فائدة) و لو أوصى لرجل بسهم من ماله ثم مات و لا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة الابن فصار كأن له ابنين فيكون بينهما نصفان هندية عن محيط السرخسي.

(٢) بجزء الخ. مثله الحظ و الشقص و الشيء و النصيب و البعض جوهرة. (٣) هو المعهود في اللغة أي الأعم الأغلب أما إذا دل الدليل على أنه أريد بالثاني غير الأول لم يكن عينه إذا كما في قوله تعالى إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب أي التوراة كفاية.

اللغة. قال و من أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك و بقى ثلثه و هو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى و قال زفر رحمه الله تعالى له ثلث ما بقى لأن كل واحد منهما مشترك بينهم و المال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة و يبقى ما بقى عليها و صار كما إذا كانت التركة أجناسا مختلفة و لنا أن فى الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم فى الواحد و لهذا يجرى فيه الجبر على القسمة و فيه جمع و الوصية مقدمة فجمعناها فى الواحد الباقى و صارت الدراهم كالدرهم بخلاف الأجناس المختلفة

اللغة) أى كون الثانى عين الأول فى صورة إعادة المعرفة معلوم فى استعمال أصل اللغة يقال جاءنى زيد ثم يقال أكرمت زيدا أى ذلك بعينه و هذا البحث قرر كما ينبغى فى موضعه. (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و من أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك و بقى ثلثه و هو يخرج من ثلث ما بقى من ماله) أى الثلث الباقى بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصى (فله جميع ما بقى) أى فللموصى له جميع الثلث الباقى من الدراهم أو الغنم (و قال زفر رحمه الله تعالى له ثلث ما بقى) من الدراهم أو الغنم (لأن كل واحد منهما) أى من الهالك و الباقى (مشترك بينهم) أى بين الورثة و بين الموصى له (و المال المشترك يتوى ما توى منه) أى ما هلك من المال المشترك (على الشركة و يبقى ما بقى عليها) أى على الشركة (و صار كما إذا كانت التركة أجناسا (١) مختلفة) فهلك بعضها فالذى بقى يبقى على الشركة و هو القياس و به قال أبو ثور و ابن سريج من أصحاب الشافعى رحمهما الله تعالى و هو قياس قول مالك رحمه الله تعالى لأنه يعتبر قدر المال حال الوصية لا الموت و بقولنا قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الأترازى و بقول زفر رحمه الله تعالى ناخذ (و لنا أن فى الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم فى الواحد) أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد فى فرد (و لهذا يجرى فيه) أى فى الجنس الواحد (الجبر على القسمة و فيه جمع) أى و الحال أن فى القسمة على تأويل الإقسام جمع حق شائع لكل واحد فى فرد (و الوصية مقدمة) أى على الميراث (فجمعناها فى الواحد الباقى و صارت الدراهم كالدرهم) أى صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد أوصى بالدرهم الواحد و له ثلاثة دراهم فهلك اثنان فله الدرهم الباقى إن خرج من ثلث ما بقى من ماله بالاتفاق (بخلاف الأجناس المختلفة) جواب عن قول زفر رحمه الله تعالى كما إذا كانت

---

(١) أجناسا مختلفة بأن كان له إبل و بقر و غنم فأوصى بثلث هذه الأصناف لرجل فهلك صنفان و بقى صنف واحد أعنى بقى الابل أو البقر أو الغنم فللموصى له ثلث الباقى فى قولهم جميعا شلبى عن اتقانى.

لأنه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما. قال و لو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها و بقي ثلثها و هو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة و لو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم و كذلك المكيل و الموزون بمنزلتها لأنه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة و لو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي و كذا الدور المختلفة و قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وحده لأنه

التركة أجناسا مختلفة و وجهه ما ذكره بقوله (لأنه لا يمكن الجمع فيها جبرا) أى من حيث الجبر فانه إذا تركها و طلب بعض الورثة القسمة و أبي الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لأن الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة و هي فيها متعذرة (فكذا تقديما) أى فكذا لا يمكن من حيث تقديم الوصية على الميراث لأنه إذا تعذر الجمع تعذر التقديم لأن فيه الجمع فيبقى الكل مشتركا بين الورثة و الموصى له أثلاثا فما هلك هلك على الشركة و ما بقي بقي عليها أثلاثا. (قال) أى القدوري (و لو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها و بقي ثلثها و هو) أى الثلث الباقي (يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (هذا) أى الحكم المذكور (إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة و لو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم) يعني يستحق جميع الثوب الباقي إذا كان يخرج من الثلث كالدرهم الباقي (و كذلك المكيل و الموزون بمزلتها) أى بمنزلة الدراهم فيكون له جميع الباقي (لأنه يجرى فيه) أى في كل واحد من المكيل و الموزون (الحمع جبرا بالقسمة) أى من حيث أن القاضي يجبر فيه بالقسمة (و لو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي) لكثرة التفاوت و لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا لم يبين الثمن (و كذا الدور المختلفة) لأنها كالأجناس المختلفة لكثرة التفاوت بين الدارين في المنفعة باعتبار الضيق و السعة و قرب المآء و بعده و الأمن و جنس الجيران و نحو ذلك فكانت ملحقة بالأجناس المختلفة فكان للموصى له ثلث الباقي هكذا أجاب محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير في الدور و الرقيق من غير ذكر خلاف و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى أشار إليه المصنفؒ بقوله (و قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وحده) أى هذا الجواب في الرقيق و الدور المختلفة إذا بقي واحد لا يكون له إلا ثلث الباقي هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خاصة و عندهما (١) له جميع الباقي (لأنه) أى لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى

(١) عندهما له جميع الباقي. و في العناية: أما على قولهما فالدور جنس واحد و كذلك الرقيق فيكون للموصى له =>

لا يرى الجبر على القسمة فيها و قيل هو قول الكل لأن عندهما للقاضى أن يجتهد و يجمع و بدون ذلك يتعذر الجمع و الأول أشبه للفقه المذكور. قال و من أوصى لرجل بألف درهم و له مال عين و دين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له لأنه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار إليه و إن لم يخرج دفع إليه ثلث العين و كلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي

(لا يرى الجبر على القسمة فيها) أى فى الدور المختلفة و الرقيق (و قيل هو قول الكل) أى قول أبى حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (لأن عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (للقاضى أن يجتهد و يجمع و بدون ذلك) أى بدون إجتهاد القاضى و جمعه (يتعذر الجمع) أى جمع نصيب أحدهم فى العبد الواحد و الدار الواحدة و إذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضى فكان المال على الشركة ما بقى و ما هلك (و الأول) و هو أن يكون فى المسألة اختلاف (أشبه للفقه المذكور) و هو أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى الجبر على القسمة فى الرقيق و الدور المختلفة لأنه يجعلها أجناسا مختلفة و هما يريان ذلك لأنهما يجعلانها جنسا واحدا. (قال) أى القدورى (و من أوصى لرجل بألف درهم و له مال عين (١) و دين (٢) فان خرج (٣) الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له لأنه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخس) أى نقصان (فيصار إليه) لأن الأصل فى الشركاء أن يوفى حق كل واحد من غير إيقاع بخس فى حق الآخر (و إن لم يخرج) أى الألف من ثلث العين (دفع إليه ثلث العين و كلما خرج شيء من الدين أخذ (٤) ثلثه حتى يستوفي

=> العبد الباقى و الدار الباقية لأن للقاضى أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس و إلى هذا مال الفقيه أبو الليث و الامام فخر الاسلام رحمهما الله تعالى اه. (١)عين و دين. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى العين الدراهم و الدنانير دون التبر و الحلى و العروض و الثياب و الدين كل شيء يكون واجبا فى الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة و نحو ذلك و تمامه فى الطورى. (٢) دين يعنى من جنس الألف در و درر و الظاهر أن فائدته مناسبة قوله و كلما خرج شيء من الدين دفع إليه إذ لو كان دنانير لا تدفع إليه تأمل و فى المنح عن السراج إذا أوصى بدراهم مرسلة ثم مات تعطى للموصى له لو حاضرة و إلا تباع الشركة و يعطى منها تلك الدراهم اه رد المحتار. (٣)فان خرج الألف من ثلث العين بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا فيدفع إليه الألف و إن لم يخرج بأن كان النقد أيضا ألفا دفع منه إليه ثلثه عناية. (٤)أخذ ثلثه الخ. لا يقال ينبغى أن لا يستحق الموصى له من الدين شيئا لأن الألف مال و الدين ليس بمال فان من حلف لا مال له و له دين لا يحنث لأنا نقول الدين يسمى مالا بعد خروجه و ثبوت حق الموصى له بعد الخروج ممكن كالموصى له بالثلث لا حق له فى القصاص و إذا انقلب مالا يثبت فيه حقه لأنه مال الميت و مسئلة اليمين على العرف معراج ملخصا و به ظهر أنه لو أوصى بثلث ماله يدخل الدين أيضا و هو أحد قولين و رجحه فى الوهبانية و توقف فيه صاحب البحر فى متفرقات القضاء فراجعه اه شامية.

الألف لأن الموصى له شريك الوارث و فى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لأن للعين فضلا على الدين و لأن الدين ليس بمال فى مطلق الحال و إنما يصير مالاً عند الاستيفاء فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه. قال و من أوصى لزيد و عمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد و جدار و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث

الألف لأن (١) الموصى له شريك الوارث و فى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لأن للعين فضلا على الدين و لأن الدين ليس بمال فى مطلق الحال) و لهذا لو حلف لا مال له و له ديون على الناس لا يحنث (و إنما يصير مالاً عند الاستيفاء) لأنه وصف ثابت فى الذمة (فانما يعتدل النظر بما ذكرناه) أى النظر فى حق الموصى له و الورثة بايفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فى حق الآخر و هو أن لا يختص الموصى له بالعين إذا لم يخرج الثلث من العين. (قال) أى القدورى (و من أوصى لزيد و عمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) سواء علم بموت عمرو أو لم يعلم و به قال (٢) الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و أحمد و اسحاق و البصريون رحمهم الله تعالى (لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها) أى من أهل الوصية (كما إذا أوصى لزيد و جدار) أو حمار يكون (٣) الوصية لزيد و الإضافة إلى الحمار أو الجدار لغو (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا لم يعلم) أى الموصى (بموته) أى بموت عمرو (فله) أى فلزيد الذى هو حي (نصف الثلث) و به قال الشافعي رحمه الله تعالي في قول و أحمد رحمه

---

(١)لأن الموصى له شريك الوارث. فان قيل لا نسلم أن الموصى له شريك الوارث مطلقا فان من أوصى لرجل بشيء معين و هو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث و لو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقى من المال أجيب بأنه شريك الوارث إذا كانت فى غير معين و أما فى المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعد عناية. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص٤٣٦ ج٦.

(٣)يكون الوصية لزيد. هذا إذا كان المزاحم معدوما من الأصل أما إذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته و لا يسلم للآخر كل الثلث لأن الوصية صحت لهما و ثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة على حق الآخر مثاله إذا قال ثلث مالى لفلان و لفلان بن عبدالله إن مت و هو فقير فمات الموصى و فلان بن عبد الله غنى كان لفلان نصف الثلث و كذا لو قال ثلث مالى لفلان و فلان فمات أحدهما قبل موت الموصى و كذا لو قال ثلث مالى لفلان و لعبد الله إن كان عبد الله فى هذا البيت و لم يكن عبد الله فى البيت كان لفلان نصف الثلث لأن بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة فى حق الآخر فكان الحرف فيه أنه متى دخل فى الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة فى حق الآخر و متى لم يدخل فى الوصية لفقد الأهلية كان الكل للآخر اه زيلعى.

لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي و إن قال ثلث مالي بين زيد و عمرو و زيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد و سكت كان له كل الثلث و لو قال ثلث مالي بين فلان و سكت لم يستحق الثلث. قال و من أوصى بثلث ماله و لا مال له و اكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت و يثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله و كذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا و لو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه

الله تعالى في رواية و مالك رحمه الله تعالى (لأن الوصية عنده) أي عند الموصي (صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي و إن قال ثلث مالي بين زيد و عمرو و زيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لأن قضية (١) هذا اللفظ) أي لفظ بين (أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم) حيث يستحق الموصى له جميع الثلث لعدم المزاحمة (ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد و سكت كان له كل الثلث و لو قال ثلث مالي بين فلان و سكت لم يستحق الثلث. قال) أي القدوريّ (و من أوصى بثلث ماله و لا مال له) أي و الحال أنه لا مال للموصي وقت الوصية (واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت و يثبت حكمه بعده) أي بعد الموت (فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله و كذلك) أي الحكم (إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا) إشارة إلى قوله لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت (و لو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه) أي أن الوصية على تأويل الإيصاء (إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه

---

(١) لأن قضية هذا اللفظ الخ. الظاهر أن هذا إذا دخلت على مفردين كما هنا أما لو دخلت على ثلاثة كقوله بين زيد و عمرو و بكر فانها توجب القسمة على عددهم تأمل و على هذا فاذا قال بين زيد و سكت فانها تنصف لأن أقل الشركة بين اثنين و لا نهاية لما فوقهما و أما إذا دخلت على جمعين ففي المعراج لو قال بين بني زيد و بين بني بكر و ليس لأحدهما بنون فكل الثلث لبني الآخر لأنه جعل كل الثلث مشتركا بين بني زيد حتى لو اقتصر عليه كان الثلث بينهم فاذا لم تثبت المزاحمة كان كل الثلث بينهم و قوله بين بني فلان و فلان كما مر اه أي لا فرق بين تكرار بين و عدمه شامية.

حينئذ و هذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته (١) عند الموت و إن لم يكن له غنم فاستفاد (٢) ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا إذا كانت باسم نوعه و هذا لأن وجوده قبل الموت فضل و المعتبر قيامه عند الموت و لو قال له شاة من مالي و ليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال و لو أوصى بشاة و لم يضفه إلى ماله و لا غنم له قيل لا يصح لأن المصحح إضافته إلى المال و بدونها تعتبر صورة الشاة و معناها و قيل تصح لأنه لما ذكر الشاة و ليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية و لو قال شاة من غنمي و لا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها

حينئذ) أي قيام ما أوصى به عند الموت (و هذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها) أي فتبطل الوصية بفوات العين (عند الموت و إن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح) احترز به عن قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى إن الوصية باطلة و قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال (لأنها) أي لأن الوصية (لو كانت بلفظ المال تصح فكذا إذا كانت باسم نوعه) أي نوع المال (و هذا) توضيح لما قبله (لأن وجوده) أي وجود المال (قبل الموت فضل و المعتبر قيامه عند الموت) لما مر غير مرة (و لو قال له) أي لفلان (شاة من مالي و ليس (٣) له غنم يعطى قيمة شاة (٤) لأنه لما أضافه) أي لأن الموصي لما أضاف الموصى به (إلى المال) و عينه لا توجد في المال (علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة) لا بعين الشاة (إذ ماليتها) أي لأن مالية (٥) الشاة (توجد في مطلق المال و لو أوصى بشاة و لم يضفه إلى ماله) بأن لم يقل من مالي (و لا غنم له قيل لا يصح لأن المصحح إضافته إلى المال و بدونها) أي بدون الإضافة إلى المال (تعتبر صورة الشاة و معناها) لأن الشاة اسم للصورة و المعنى و لم يوجد فلا يصح (و قيل تصح لأنه لما ذكر الشاة و ليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية) أي مطلق المالية فيعطى له قيمة شاة (و لو قال شاة من غنمي و لا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها

(١) بفواته. ن. بفواتها. (٢) فاستفاد. ن. فاستفاده. (٣) و ليس له غنم أو كان و هلك معراج و إن كان في ماله شاة يخير الورثة بين دفعها و دفع قيمتها نهاية شامية. (٤) قيمة شاة أي شاة وسط شامية عن معراج. (٥) لأن مالية الشاة توجد في مطلق المال ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة و السلام في خمس من الابل السائمة شاة و عين الشاة لا توجد في الابل و إنما توجد ماليتها فيها زيلعي.

جزء من الغنم بخلاف ما إذا أضافه (١) إلى المال و على هذا يخرج كثير من المسائل. قال و من أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده و هن ثلاث و للفقراء و المساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم قال و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة و لكل فريق سهمان و أصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة و الفقراء و المساكين جنسان فسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله تعالى أن المذكور لفظ الجمع و أدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن

جزء من الغنم بخلاف ما إذا أضافها إلى المال) بأن قال له شاة من مالي و لا غنم له حيث يعطى قيمة شاة لما مر (و على هذا يخرج كثير من المسائل) منها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال له قفيز حنطة من مالي أو ثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب و إن لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما إذا قال من حنطتي أو من ثيابي فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له و على هذا كل عرض من ماله. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده و هن ثلاث و للفقراء و المساكين فلهن (٢) ثلاثة أسهم من خمسة أسهم قال) أي المصنفؒ (و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يقسم على سبعة أسهم لهن (٣) ثلاثة و لكل فريق) من الفقراء و المساكين (سهمان و أصله) أي أصل الخلاف (أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة و الفقراء و المساكين جنسان و فسرناهما في الزكاة) أي في كتاب (٤) الزكاة ثم أوضح الأصل المذكور بإيراد تعليل محمد و تعليل صاحبيه رحمهم الله تعالى فقال (لمحمد رحمه الله تعالى أن المذكور لفظ الجمع و أدناه في (٤) الميراث اثنان) أي أدنى الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فصاعدا (نجد ذلك في القرآن)

---

(١)أضافه.ن.أضافها. (٢)فلهن أي لأمهات الأولاد ثلاثة أسهم و للفقراء سهم و للمساكين سهم. (٣)لهن أي لأمهات الأولاد ثلاثة أسهم و للفقراء سهمان و للمساكين سهمان. (٤)كتاب الزكاة باب من يجوز دفع الصدقات إليه و من لا يجوز حيث قال هناك الفقير من له أدنى شيء و المسكين من لا شيء له و هذا مروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قد قيل على العكس اه. (٥)أدناه في الميراث اثنان. قيد بقوله في الميراث احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك ينصرف إلى الواحد باجماع بين أصحابنا رحمهم الله تعالى ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا إلى الاثنين و الوصية في معنى الميراث من حيث أن كلا منهما تمليك المال بعد الموت فكان الجمع مصروفا هناك أيضا إلى الاثنين عناية و كفاية فان قيل الجمع المحلي بالألف و اللام يبطل فيه معنى الجمع و يصير للجنس قيل له تخلف الحكم عن ذلك الأصل هنا لمعنى آخر و هو أن الوصية أخت الميراث و أقل الجمع في باب الارث اثنان فكذا في أخته فان قيل إنما يتأتى هذا الجواب ان لو بقي جمعا قيل له إنما تبطل الجمعية لئلا يلزم التنكير و النكارة و الجهالة في الوصية متحملة و لهذا لو أوصى بثمرة بستانه و لا ثمرة له أو بثلث ماله و لا مال له ثم استفاد مالاً صحت الوصية مع الجهالة في أصله و قدره كفاية.

فكان من كل فريق اثنان و أمهات الأولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة و لهما أن الجمع المحلى بالألف و اللام يراد به الجنس و إنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة و الثلاثة للثلاث. قال و لو أوصى بثلثه لفلان و للمساكين فنصفه لفلان و نصفه للمساكين عندهما و عند محمد رحمه الله تعالى ثلثه لفلان و ثلثاه للمساكين و لو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما

ألا ترى إلى قوله تعالى فإن (١) كان له اخوة فلأمه السدس فان المراد من إخوة اثنان فصاعدا لأنه يحجب الاثنان منهم فصاعدا الأم من الثلث إلى السدس فعلم أن الاثنين لهما حكم الجمع (فكان من كل فريق) من الفقراء و المساكين (اثنان و أمهات الأولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة (و لهما) أى و لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن الجمع المحلى بالألف و اللام يراد (٢) به الجنس و إنه) أى الجنس (يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه) أى صرف الجنس (إلى الكل فيعتبر من كل فريق) من الفقراء و المساكين (واحد فبلغ الحساب خمسة و الثلاثة للثلاث) أى لأمهات (٣) الأولاد. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لو أوصى بثلثه) أى بثلث ماله (لفلان و للمساكين فنصفه لفلان و نصفه للمساكين عندهما) أى عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (و عند محمد رحمه الله تعالى ثلثه لفلان و ثلثاه للمساكين و لو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما) أى عند أبى حنيفة و

---

(١)فان كان الآية. النساء: ١١. قلنا ليس فى الآية دلالة على ما ذكر محمد رحمه الله تعالى لأن المذكور فيها نكرة و كلامنا فى المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال محمد رحمه الله تعالى زيلعى. (٢)يراد به الجنس كما فى قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد الآية (الأحزاب: ٥٢) و لهذا لو حلف لا يشترى العبيد يحنث بالواحد زيلعى. (٣)لأمهات الأولاد. ثم هذه الوصية تكون لأمهات أولاده اللاتى يعتقن بموته أو اللاتى عتقن فى حياته إن لم يكن له أمهات أولاد غيرهن فان كان له أمهات أولاد عتقن فى حياته و أمهات أولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتى يعتقن بموته لأن الاسم لهن فى العرف و اللاتى عتقن فى حياته موال لا أمهات أولاد و إنما تصرف إليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الاسم و لا يقال إن الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لأن العبد لا يملك شيئا و إنما تجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب أن لا تجوز لأمهات أولاده اللاتى لم يعتقن حال حياته لأنا نقول القياس أن لا تجوز الوصية لهن لأنها لو جازت لهن لملكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق و التمليك معلقين بالموت و العتق ينزل عليهن و هن إماء فكذا تملكهن يقع و هن إماء و هو لا يتصور إلا أنا جوزناه استحسانا لأن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصى لأنه قصد تمليكهن و لا يتصور ذلك إلا بعد العتق فصرف إليه تصحيحا لكلامه زيلعى.

و عنده لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه. قال و من أوصى لرجل بمائة درهم و لآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لأن الشركة للمساواة لغة و قد أمكن إثباته بين الكل بما قلنا لاتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة و لآخر بمائتين ثم كان الإشراك لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الإمكان. قال و من قال لفلان عليّ دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فإنه يصدق إلى الثلث و

أبي يوسف رحمهما الله تعالى (و عنده) أي و عند (١) محمد رحمه الله تعالى (لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه) يعني في المسألة المتقدمة و هو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين إلى آخره. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أوصى لرجل بمائة درهم و لآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لأن الشركة (٢) للمساواة لغة و قد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه) من اقتضاء الشركة المساواة (لاتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة و لآخر بمائتين ثم كان الاشراك) أي ثم وجد الاشراك بأن قال للثالث أشركتك معهما فيما أوصيته لهما كان له النصف من كل واحد منهما جميعا (لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين) و لا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشراك بقدر الإمكان (فحملناه (٣) على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ) أي بقوله أشركتك (بقدر الإمكان. قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قال لفلان عليّ دين فصدقوه (٤)) أي قال لورثته و بينه المصنفّ بقوله (معناه قال ذلك لورثته فإنه (٥) يصدق إلى الثلث) أي إذا ادعى الدين بأكثر من الثلث و كذبه الورثة قال المصنفّ (و

(١) و عند محمد رحمه الله تعالى الخ. و الخلاف فيما إذا لم يشر لمساكين فلو أشار إلى جماعة و قال ثلث مالي لهذه المساكين لم يجز صرفه لواحد اتفاقا. در مختار و لو أوصى لفقراء بلخ فالأفضل الصرف إليهم و إن أعطى غيرهم جاز و هذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و عليه الفتوى و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز خلاصة. (٢) لأن الشركة للمساواة لغة و لهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة زيلعي. (٣) فحملناه على مساواته أي مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين و لو أوصى لرجل بجارية و لآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع و إن كانت قيمتهما على السواء فله الثلث من كل واحدة منهما عندهما و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى له نصف كل واحدة منهما بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين و هما يريانها فصارتا كالدراهم المتساوية زيلعي. (٤) فصدقوه هذا فعل أمر شامي. (٥) فانه يصدق أي وجوبا در مختار.

هذا استحسان و فى القياس لا يصدق لأن الاقرار بالمجهول و إن كان صحيحا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان و قوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لأن المدعى لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة و قد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية و قد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه فى تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالى ما شاء و هذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة. قال و إن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا و الثلثان للورثة لأن ميراثهم معلوم و كذا الوصايا معلومة و هذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم و فى الافراز فائدة أخرى و هو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق و أبصر به و الآخر ألد خصاما و عساهم

هذا استحسان و فى القياس لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول و إن كان صحيحا) كلمة إن وصلية (لكنه لا يحكم به) أى بالاقرار بالمجهول (إلا بالبيان و قوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لأن المدعى لا يصدق إلا بحجة) و هو قد أمرهم بتصديقه بلا حجة فاذا كان كذلك (فتعذر إثباته) أى إثبات هذا الاقرار (اقرارا مطلقا) يعنى من كل وجه (فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة) و هو مالك لذلك فى الثلث (و قد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية) فينفذ (و قد يحتاج إليه) جواب عما يقال لو كان قصده الوصية لصرح بها و تقرير الجواب بأن يقال و قد يحتاج إلى مثل هذا الكلام (من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره) يعنى يعلم أصل الحق عليه و لا يعلم مقداره (سعيا منه) أى لأجل السعى منه (فى تفريغ ذمته فيجعلها) أى فيجعل هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها) أى فى هذه الوصية (إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان و ادعى شيئا فأعطوه من مالى ما شاء و هذه) أى هذه الوصية (معتبرة من الثلث فلهذا) أى فلكونها معتبرة من الثلث (يصدق على الثلث دون الزيادة) على الثلث لأن جواز الوصية من الثلث. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن أوصى بوصايا غير ذلك) أى غير الدين المجهول (يعزل الثلث لأصحاب الوصايا و الثلثان للورثة لأن ميراثهم معلوم) و هو الثلثان (و كذا الوصايا معلومة) و هى الثلث (و هذا مجهول) أى دين فلان مجهول (فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم و فى الإفراز فائدة أخرى و هو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق و أبصر به) أى بهذا الحق (و الآخر) أى الفريق الآخر (ألد خصاما) أى شديد بين فى الخصومة (و عساهم) أى لعل

يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم و بعد الافراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة و إذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم و يقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا و الورثة بثلثي ما أقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه و على كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه و بين غيره. قال و من أوصى لأجنبي و لوارثه فللأجنبي نصف الوصية و تبطل وصية الوارث لأنه أوصى بما يملك الايصاء به و بما لا يملك فصح في الأول و بطل في الثاني بخلاف ما إذا أوصى لحي و ميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي و الوارث من أهلها و لهذا تصح

الورثة و أصحاب الوصايا (يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم) أي إذا ادعى صاحب الدين الفضل (و بعد الإفراز يصح إقرار كل واحد) من أصحاب الوصايا و الورثة (فيما في يده من غيره منازعة و إذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم و يقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين في حق المستحق) أي المقر له (وصية في حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق) من أصحاب الوصايا و الورثة (بشيء ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ (١) أصحاب الثلث) و هم أصحاب الوصايا (بثلث ما أقروا و الورثة بثلثي ما أقروا تنفيذا لإقرار كل فريق في قدر حقه و على كل فريق منهما) أي من أصحاب الوصايا و الورثة (اليمين على (٢) العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه) أي لأن كل فريق (يحلف على ما جرى بينه و بين غيره) و هو الميت. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أوصى لأجنبي و لوارثه فللأجنبي نصف الوصية و تبطل وصية الوارث لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به و بما لا يملك فصح في الأول) أي فيما يملك (و بطل في الثاني) أي فيما لا يملك و به قالت الأئمة الثلاثة و أبو ثور رحمهم الله تعالى (بخلاف ما إذا اوصى لحي و ميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما) للحي (فيكون الكل للحي و الوارث من أهلها) أي من أهل الوصية (و لهذا تصح) أي الوصية للوارث

---

(١)فيؤخذ الخ. حتى لو قال الموصى لهم إن الدين مائة يعطى المقر له ثلثها مما في أيديهم فان فضل شيء فلهم و إلا فلا و إن قال الورثة الدين ثلث مائة يعطى المقر له مائتين مما في أيديهم فان فضل شيء فلهم و إلا فلا شامي عن اتقاني. (٢)على العلم أي بأنهم لا يعلمون أن له أكثر من ذلك قال الزيلعيّ لأنه تحليف على فعل الغير اه أي على ما جرى بين المدعي و الميت لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات شامي.

باجازة الورثة فافترقا و على هذا إذا أوصى للقاتل و للأجنبى و هذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه و للأجنبى حيث لا يصح فى حق الأجنبى أيضا لأن الوصية إنشاء تصرف و الشركة تثبت حكما له فتصح فى حق من يستحقه منهما و أما الاقرار فإخبار عن كائن و قد أخبر بوصف الشركة فى الماضى و لا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به و لا إلى إثبات الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكا و لأنه لو قبض الأجنبى شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل فى ذلك القدر ثم لا يزال يقبض و يشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا و فى الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء و بطلانا. قال

(باجازة الورثة فافترقا) أى افترق حكما الصورتين (و على هذا) أى على الحكم المذكور (إذا أوصى للقاتل و للأجنبى) حيث تبطل وصيته للقاتل لأنها فيمن لا يستحقه و لا تبطل فى حق الأجنبى لأنها فى حقه جائزة (و هذا) أى هذا الايصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه و للأجنبى حيث لا يصح (١) فى حق الأجنبى أيضا) كما لا يصح فى حق الوارث (لأن الوصية إنشاء تصرف) أى ابتداء تمليك (و الشركة تثبت حكما له) أى للانشاء (فتصح) أى الوصية (فى حق من يستحقه منهما) أى من الوارث و الأجنبى (و أما الإقرار إخبار عن كائن و قد أخبر بوصف الشركة فى الماضى) فيستدعى مخبرا و المخبر به و هو الدين المشترك (و لا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف) و هو الاشتراك (لأنه خلاف ما أخبر به) المقر (و لا إلى إثبات الوصف) أى و لا وجه أيضا إلى إثبات الوصف و هو الاشتراك (لأنه يصير الوارث فيه شريكا) فيؤدى إلى إضرار بعض الورثة فيرد أصلا كيلا يحتال الناس فى إضرار الورثة بهذا الطريق (و لأنه لو قبض الأجنبى شيئا كان للوارث أن يشاركه) أى الأجنبى (فيبطل) أى يبطل الإقرار (فى ذلك القدر) المقبوض لأنه لما كان للوارث أن يشاركه فيه فاذا شارك كان لبقية الورثة أن يأخذوا ذلك القدر منه ثم يرجع هو على الأجنبى لأن ما قبض لم يسلم له ثم و ثم إلى أن ينتهى فيبطل أصلا و هو معنى قوله (ثم لا يزال يقبض و يشاركه الوارث حتى يبطل الكل) فاذا بطل الكل (فلا يكون مفيدا و فى الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء) أى فى حق الأجنبى (و بطلانا) أى فى حق الوارث. (قال) أى محمد

---

(١) حيث لا يصح فى حق الأجنبى أيضا. قال فى النهاية قال التمرتاشى هذا إذا تصادقا أما إذا أنكر الأجنبى شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة الأجنبى فانه يصح إقراره فى حصة الأجنبى عند محمد رحمه الله تعالى لأن الوارث مقر ببطلان حقه و بطلان حق شريكه فيبطل فى حقه و يثبت فى نصيب الآخر و عندهما يبطل فى الكل لأن حق الوارث لم يتميز عن حق الأجنبى و إنما أوجبه مشتركا بينهما فيبطل اه زيلعى.

و من كان له ثلاثة أثواب جيد و وسط و رديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب و لا يدرى أيّها هو و الورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة و معنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا و جهالته تمنع صحة القضاء و تحصيل المقصود فبطل. قال إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع و هو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود و لصاحب الأوسط ثلث الجيد و ثلث الأدون و لصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لأنه

رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من كان له ثلاثة أثواب جيد و وسط و رديء فأوصى بكل واحد) من هذه الثياب (لرجل فضاع ثوب و لا يدرى أيّها هو و الورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) صورة المسألة في الجامع عن محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل أوصى لثلاثة نفر فقال لفلان هذا الثوب الجيد و لفلان رجل آخر هذا الثوب الوسط و لفلان رجل آخر هذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم هلك واحد من الأثواب الثلاثة لا يدرى أيّها هلك و الورثة تجحد فالوصية باطلة قال المصنفّ (و معنى (١) جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا و جهالته تمنع صحة القضاء) كما إذا أوصى لأحد هذين الرجلين فان الوصية باطلة لأن المستحق مجهول (و تحصيل المقصود) بالنصب أى و يمنع أيضا تحصيل المقصود أى مقصود الوصي و هو إتمام غرضه فاذا كان كذلك (فبطل) أى الإيصاء. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين) و هذا استثناء من قوله فالوصية باطلة (فان سلموا) أى فان سلم الورثة بأن قالوا سلمنا لكم هذين الثوبين فاقتسموهما فيما بينكم (زال المانع و هو الجحود (٢) فيكون لصاحب (٣) الجيد ثلثا الثوب الأجود و لصاحب الأوسط ثلث الجيد و ثلث الأدون و لصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون لأن (٤) صاحب الجيد لا حق له في الرديء) من الثوبين (بيقين لأنه) أى لأن

---

(١)و معنى جحودهم إلى قوله قد هلك. قلت في هذا التعبير مسامحة و إلا فهلاك حق كل إنما يتصور فيما لوضاعت الأثواب الثلاثة و إلا فهو كذب و الأولى في التعبير ما في شروح الجامع الصغير من أن المراد بجحود الوارث أن يقول حق واحد منكم بطل و لا أدرى من بطل حقه و من بقى فلا نسلم إليكم شيئا أفاده الطوريّ. (٢)و هو الجحود أى جحود الورثة بقاء حق كل شامي. (٣)لصاحب الجيد أى الجيد في نفس الأمر شامي. (٤)لأن صاحب الجيد الخ. هذا إذا ابتدئ بتعليل جانب ذى الجيد و ذى الرديء و إن ابتدئ بتعليل جانب ذى الوسط فوجه القسمة ما في الشامية عن شرح الجامع الخاني من أن ذا الوسط حقه في الجيد من الباقيين إن كان الهالك أرفع منهما و =>

إما أن يكون وسطا أو رديئا و لا حق له فيهما و صاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا و لا حق له فيهما و يحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي فيعطى من محل الاحتمال و إذا ذهب ثلثا الجيد و ثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد و ثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة. قال و إذا كانت الدار بين رجلين فأوصى (١) أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى نصفه للموصى له و إن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه و بملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فنفذ الأول و توقف الثاني و هو إن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة

الرديء من الثوبين (إما أن يكون وسطا أو رديئا و لا حق له فيهما) أي لا حق لصاحب الجيد في الوسط و الرديء (و صاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لأنه) أي لأن الجيد الباقي (إما أن يكون جيدا أو وسطا و لا حق له فيهما) أي و لا حق لصاحب الرديء في الجيد و الوسط (و يحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي فيعطى من محل الاحتمال و إذا ذهب ثلثا الجيد و ثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد و ثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة. قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كانت الدار بين رجلين أوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم) أي فان الدار تقسم (فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى نصفه للموصى له و إن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى مثل ذرع نصف البيت له) أي لمحمد رحمه الله تعالى (أنه) أي أن الموصي (أوصى بملكه و بملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فنفذ الأول) و هو الوصية فيما يملكه و هو نصيبه (و توقف الثاني) و هو الوصية فيما لا يملكه و هو نصيب صاحبه فيتوقف على إجازة شريكه (و هو) أي الموصي (إن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة) لأنه

=> إن كان أردأ منهما فحقه في الرديء منهما فتعلق حقه مرة بهذا و مرة بالآخر و إن كان الهالك هو الوسط فلا حق له فيهما فقد تعلق حقه بكل واحد من الباقيين في حال و لم يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل منهما و ذو الجيد يدعي الجيد منهما لا الرديء إذ لا حق له فيه قطعا و ذو الرديء يدعي الرديء لا الجيد فيسلم ثلثا الجيد لذي الجيد و ثلثا الرديء لذي الرديء اهـ. (١) فأوصى. ن. أوصى.

لا تنفذ الوصية السالفة (١) كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا اقتسموها و وقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به و هو نصف البيت و إن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه و لا تبطل بالقسمة و لهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه و ذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر و قد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه و معنى المبادلة في هذه القسمة تابع و إنما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة و لهذا يجبر

أخذ البيت بدلا عن نصيبه مما في يد صاحبه (لا تنفذ الوصية السابقة) بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به (كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه) حيث لا تصح الوصية فكذا هذا (ثم إذا اقتسموها و وقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به و هو نصف البيت و إن وقع) أي البيت (في نصيب صاحبه له) أي للموصى له (مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته) أي عند فوات الموصى به (كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها) أي في بدل الجارية (بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالإقدام علي البيع على ما بيناه) أشار به إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله و إذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا (و لا تبطل) أي الوصية (لأن القسمة لتكميل المنفعة بخلاف البيع (و لهما) أي و لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه) أي أن الموصي (يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه و ذلك) أي الملك المنتفع به من كل وجه (يكون بالقسمة) لأن ملكه على اعتبار القسمة هو الملك التام المنتفع به (لأن الانتفاع بالمشاع قاصر و قد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع) أي جميع البيت (في نصيبه فتنفذ الوصية فيه و معنى المبادلة في هذه القسمة تابع) و إن كان معنى المبادلة في قسمة العروض و الحيوانات أصلا و الدار من العروض ذكره المصنف في كتاب القسمة (و إنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة و لهذا) إيضاح لما قبله (يجبر

---

(١) السالفة. ن. السابقة.

على القسمة فيه و على اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء و إن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه إما لأنه عوضه كما ذكرناه أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير و التمليك و إن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين و التمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد و طلاق المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد و في العتق ولد حي ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي و الدار مائة ذراع و البيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصي له و بين الورثة على

على القسمة فيه) فان الدار الواحدة المختلفة البيوت تقسم قسمة واحدة لأن في تفريقها إضرارا بخلاف الدور حيث تقسم كل واحدة على حدة لا قسمة واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعال خلافا لهما و قد مر في القسمة (و على إعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء و إن وقع) أي البيت (في نصيب الآخر تنفذ) أي الوصية (في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه إما لأنه عوضه كما ذكرناه) أي في الجارية الموصي بها (أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن) فان قيل لما كان ذكر البيت للتقدير به ينبغي أن لا يجب دفع البيت نفسه فأجاب بقوله (إلا أنه يتعين البيت) أي غير أنه يتعين دفع البيت نفسه (إذا وقع في نصيبه) أي إذا وقع البيت في نصيب الموصي (جمعا بين الجهتين) إحداهما (التقدير) يعني فيما إذا وقع البيت في نصيب شريكه و الأخرى هي قوله (و التمليك) بعين البيت يعني فيما إذا وقع البيت في نصيبه (و إن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو لأنه) أي لأن الموصي (أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (و التمليك) أي و أراد التمليك (بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيب الموصي نظر لذلك بقوله (كما إذا علق عتق الولد و طلاق المرأة بأول ولد تلده أمته) بأن قال إذا ولدت أمتي أول ولد فهو حر و أنت طالق (فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد) حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حيا أو ميتا لأن مطلق الولد يصلح جزاء للطلاق (و في العتق) أي المراد في جزاء العتق (ولد حي) لأن الميت ليس بمحل للعتق حتى إذا ولدت ميتا ثم ولدت حيا يعتق الحي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما (ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي و الدار مائة ذراع و البيت عشرة أذرع يقسم نصيبه) أي نصيب الموصي و هو خمسون ذراعا (بين الموصي له و بين الورثة على

عشرة أسهم تسعة منها للورثة و سهم للموصى له و هذا عند محمد رحمه الله تعالى فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت و هم بنصف الدار سوى البيت و هو خمسة و أربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة و عندهما يقسم على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب بالعشرة و هم بخسة و أربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى لها سهمان و لهم تسعة و لو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف و قيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله تعالى

عشرة أسهم تسعة منها) أى من العشرة (للورثة) أى لورثة البيت (و سهم للموصى له و هذا عند محمد رحمه الله تعالى فيضرب (١) الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت و هم) أى الورثة يضربون (بنصف الدار سوى البيت و هو خمسة و أربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة و عندهما) أى عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (يقسم (٢)) أى نصيب الموصى بين الموصى له و الورثة (على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب بالعشرة و هم) أى الورثة يضربون (بخمسة و أربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان و لهم تسعة) كذا قال فخر الإسلام البزدوىّ و غيره في شروح الجامع الصغير (و لو كان مكان الوصية إقرار) يعنى لو كان الدار بين شريكين فأقر أحدهما ببيت بعينه لواحد فيقسم الدار أولا فان وقع البيت فى نصيب المقر يسلم إلى المقر له و إن وقع فى نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع فى يد المقر مثل ذرع البيت و كذلك لو أقر بطريق أو حائط كذا فى الشامل و عند محمد رحمه الله تعالى يضرب المقر له بنصف ذرع البيت (قيل هو على الخلاف) أى حكم الإقرار على الخلاف المذكور بين محمد و صاحبيه رحمهم الله تعالى (و قيل لا خلاف فيه) أى فى حكم الإقرار (لمحمد رحمه الله تعالى) بل قول محمد رحمه الله تعالى فيه كقولهما و جعل فخر الاسلامّ في شرح الجامع الصغير

---

(١)فيضرب أى يأخذ قال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث مغرب.

(٢)يقسم على أحد عشر سهما الخ. قال الاتقانىّ و لنا فيه نظر لأنه على هذا التقدير كان ينبغى أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة و أربعين ذراعا فينقص إذن منه خمسة أذرع لأن نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا و قد نقص الخمسة فلا يجوز لأنه حينئذ يلزم تمليك الموصى ملك شريكه و ليس له ذلك و أيضا إذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لأن سهمين من أحد عشر أقل من خمسة و أيضا يزداد حق الورثة أيضا بسهم لأن لهم ماوراء قدر البيت من نصيب الموصى و نصيبه خمسون ذراعا و ربع للموصى له عشرة من نصيبه فبقى أربعون و هم أخذوا خمسة أخرى و قال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له و الورثة على خمسة أسهم عندهما فعشرة أذرع للموصى له و أربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهما و هذه القسمة أصح عندى اه سعدى.

و الفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له و الوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته و لا تنفذ. قال و من أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فإن دفعه فهو جائز و له أن يمنع لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته و إذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث و أجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه و الامتناع لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى. قال و إذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده

عدم الخلاف هو الأصح (و الفرق له) أى الفرق بين الوصية و الاقرار لمحمد رحمه الله تعالى (أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر) أى المقر (بالتسليم إلى المقر له و الوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه) مثل الشراء و الهبة و غيرهما (ثم مات لا تصح وصيته و لا تنفذ. قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه) أى دفع الألف إلى الموصى له (فهو جائز و له) أى لصاحب المال (أن يمنع) من التسليم بعد الاجازة (لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته و إذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله (١) أن يمتنع من التسليم) أى فلصاحب المال أن يمتنع مما أجازه و لا يسلم لأن هذا هبة من صاحب المال و الهبة لا تتم بدون التسليم فان دفع تمت الهبة و إلا فلا (بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث و أجازت الورثة) ثم أرادوا أن يمتنعوا من التسليم لا يكون لهم ذلك (لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه و الامتناع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى. قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر (٢) أحدهما لرجل أن الاب أوصى له بثلث ماله فان المقر (٣) يعطيه ثلث ما في يده) و هو

---

(١)فله أن يمتنع من التسليم و أما بعد الدفع فلا رجوع له در مختار عن شرح تكملة لعله لكونه ليس هبة من كل وجه لأن عقد الوصية صحيح موقوف على الاجازة إذ لو كان باطلا لم ينفذ بها و يدل عليه ما في الولوالجية أوصى له بعبد فلان ثم ملكه تبقى الوصية اه لكن ذكر الزيلعيّ أنها لا تبقى تأمل شامية. (٢)ثم أقرأحدهما الخ. و كذا الحكم لو أقر أحد البنين الثلاثة أو الأربعة يصح في ثلث نصيبه شامية عن المجمع. (٣)فان المقر يعطيه الخ. هذا إذا لم تقم بينة على الوصية بثلث لرجل آخر فلو قامت فلا شيء لهذا على المقر و بطل الاقرار طورى عن مبسوط سرخسي.

و هذا استحسان و القياس أن يعطيه نصف ما في يده و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه و التسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة و هي في أيديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة ثلثاه (١) و لأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث. قال و من أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا و كلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لأن الأم دخلت في الوصية إصالة و الولد تبعا حين كان متصلا بالأم فإذا ولدت قبل القسمة و التركة

سدس المال (و هذا استحسان) و به قال الشافعي و أحمد و مالك رحمهم الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه يلزمه جميع ما في يده و خرجه صاحب الحاوي رحمه الله تعالى من القولين في الدين و ليس بشيء كذا في الحلية (و القياس أن يعطيه نصف ما في يده و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن إقراره بالثلث له) أي للموصى له (تضمن إقراره بمساواته إياه) أي بمساواة الموصى له المقر (و التسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة و هي في أيديهما) أي في أيدي الابنين (فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره) حيث (٢) يعطي جميع ما في يده (لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح يلزمه في نصيبه ما يخصه و هو قول مالك و أحمد رحمهما الله تعالى لأن إقراره بهذه الجهة (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه و لأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به) أي بمثل هذا لرجل آخر (أيضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث) فيكون شريك الورثة بالنصف لا بالثلث. (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا و كلاهما) أي الأم و الولد (يخرجان من الثلث فهما للموصى له لأن الأم دخلت في الوصية إصالة و الولد) دخل فيها (تبعا حين كان متصلا بالأم فإذا ولدت قبل القسمة و التركة

---

(١)ثلثاه. ن. مثلاه. (٢)حيث يعطي جميع ما في يده يعني إن و في ما ورثه به و لو شهد في هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت شامية.

قبلها مبقاة علي ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل فى الوصية فيكونان للموصى له و إن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث و أخذ ما يخصه منهما جميعا فى قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يأخذ ذلك من الأم فإن فضل شيء أخذه من الولد و فى الجامع الصغير عين صورة و قال رجل له ستمائة درهم و أمة تساوى ثلاث مائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوى ثلاث مائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم و ثلث الولد عنده و عندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل فى الوصية تبعا حالة الإتصال فلا يخرج عنها بالإنفصال كما فى البيع و العتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم و له أن الأم أصل و الولد تبع فيه

قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل) أى الولد (فى الوصية فيكونان للموصى له) يعنى يكون الأم و الولد للموصى له و قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى إن كانت حاملا به حين الوصية و يعلم ذلك بأن تلده لأقل من ستة أشهر منذ أوصى يدخل الولد فى الوصية و يكون للموصى له مع الأم و قالا فى وجه لا حكم للحمل فى الوصية بكل حال فلا يدخل فيها على كل حال (و إن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث و أخذ ما يخصه منهما جميعا فى قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يأخذ ذلك من الأم فان فضل شيء أخذه من الولد و فى الجامع الصغير عين صورة) أى عين محمد رحمه الله تعالى صورة لهذه المسألة (و قال رجل له ستمائة درهم و أمة) أى و له أمة (تساوى ثلاث مائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات) أى الموصى (فولدت ولدا يساوى ثلاث مائة درهم قبل القسمة) أى قسمة التركة (فللموصى له الأم و ثلث الولد عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (له) أى للموصى له (ثلثا كل واحد منهما) أى من الأم و الولد (لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ما ذكرنا أن الولد دخل فى الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها) أى عن الوصية (بالانفصال كما فى البيع) بأن باع الأمة الحامل (و العتق) بأن أعتقها يدخل الحمل و يدخل الولد فى البيع و العتق و لا يخرج عنهما بالإنفصال فإذا كان كذلك (فتنفذ الوصية فيهما) أى فى الجارية و الولد (على السواء من غير تقديم الأم و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن الأم أصل و الولد تبع فيه) أى فى الوصية

و التبع لا يزاحم الأصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الأصل و ذلك لا يجوز بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى إلى نقضه فى الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض و لكن الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره و إن كان فاسدا هذا إذا ولدت قبل القسمة فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

على تأويل الإيصاء (و التبع لا يزاحم الأصل) لأن الايجاب تناول الأم قصدا ثم سرى حكم الايجاب إلى الولد فلا يزاحم التبع الأصل لعدم المساواة بينهما (فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الأصل و ذلك لا يجوز) لأن فيه إبطال الأصل بالتبع (بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى إلى نقضه) أى نقض البيع (فى الأصل بل يبقى) أى البيع (تاما صحيحا فيه) أى فى الأصل (إلا أنه لا يقابله بعض الثمن) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى إلى نقضه فى الأصل فان بعض الثمن لا يقابله شىء فى ذلك و فيه نقض له بحصته و وجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن (ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل (١) به القبض) فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض فى المبيع أصلا و هو معنى قوله (و لكن الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره و إن كان فاسدا) كلمة إن وصلية أى و إن كان هذا البيع فاسدا (هذا) أى دخول الولد فى الوصية تبعا (إذا ولدت قبل القسمة) و قبل قبول الموصى له (فان ولدت بعد القسمة) و بعد القبول (فهو للموصى له لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة) و إن ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى أنه لا يصير موصى به و لا يعتبر خروجه من الثلث و كان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة و مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول و لو ولدت قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية و بقى على حكم ملك الميت لأنه لم يدخل تحت الوصية قصدا و لا سراية و الكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا كذا فى الكافى و عند الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى لو انفصل قبل موت الموصى و من حين الوصية إلى الانفصال أقل من ستة أشهر يدخل فى الوصية فى وجه.

(١) إذا اتصل به القبض. إنما قيد بذلك لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضا بالأصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شىء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن عناية.

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال و إذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار و بطلت الوصية و الهبة لأن الاقرار ملزم بنفسه و هي أجنبية عند صدوره و لهذا يعتبر من جميع المال و لا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت و هي وارثة عند ذلك و لا وصية للوارث و الهبة و إن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

أي هذا فصل في بيان اعتبار حالة الوصية و لما ذكر الحكم الكلي في الوصية و هو الحكم بثلث المال شرع في بيان أحكام تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض و الأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول و الأصلي مقدم على العارض.

(قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار و بطلت الوصية و الهبة لأن الإقرار ملزم بنفسه) فلا يتوقف على شرط زائد كتوقف الوصية على الموت فصح إقراره بالدين لأن إقراره حصل لأجنبية و هو معنى قوله (و هي أجنبية عند صدوره) أي صدور الإقرار بخلاف الوصية فانها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت و المرأة عند الموت وارثة و لا وصية لوارث بالحديث على ما يأتي (و لهذا) أي و لكون الإقرار ملزما بنفسه من غير توقف على شرط (يعتبر من جميع المال و لا يبطل بالدين إذا كان) أي الاقرار (في حالة الصحة أو في حالة المرض) يعني الاقرار لا يبطل بسبب الدين سواء كان في الصحة أو في المرض (إلا أن الثاني) و هو الاقرار الواقع في المرض (يؤخر عنه) أي عن الاقرار الواقع في الصحة حتى أن المال يصرف إلى ما أقر به في حالة الصحة فان فضل منه شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض و إلا فلا و عند ابن أبي ليلى و الشافعي رحمهما الله تعالى الاقراران يستويان و قد مر في إقرار المريض (بخلاف الوصية) بيان لقوله و بطلت الوصية (لأنها) أي لأن الوصية و في بعض النسخ لأنه أي لأن الايصاء (إيجاب عند الموت و هي) أي المرأة (وارثة عند ذلك) أي عند موت الموصي (و لا وصية للوارث) بالحديث المذكور فيما مضى (و الهبة و إن كانت منجزة) كلمة إن وصلية (صورة) أي من حيث الصورة يعني لا تتوقف على شيء بحسب الصورة (فهي) أي الهبة (كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما) أي من حيث

لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق و عند عدم الدين تعتبر من الثلث. قال و إذا أقر المريض لابنه بدين و ابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله أما الهبة و الوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت و هما إيجابان عنده أو بعده و الاقرار و إن كان ملزما بنفسه و لكن سبب الإرث و هو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في إيراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية و هي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار و هي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره و كذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا

الحكم (لأن حكمها يتقرر عند الموت) و أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنها) أي أن الهبة (تبطل بالدين المستغرق) للتركة (و عند عدم الدين تعتبر من الثلث) لأنها تبرع يتقرر حكمه عند الموت ألا ترى أن من وهب عبدا في مرض موته لأجنبي و لا مال له غيره و سلمه صحت الهبة و صار العبد ملكا للموهوب له فاذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقا للورثة و في الكل حقا للغرماء و صارت الهبة كالمتعلق بالموت فصار حكمها حكم الوصية. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا أقر المريض لابنه بدين و ابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أي الاقرار و الهبة و الوصية (أما الهبة و الوصية فلما قلنا) يعني في المسألة الأولى (إنه) أي إن الابن (وارث عند الموت و هما) أي الهبة و الوصية (إيجابان عنده) أي عند (١) الموت (أو بعده) أي بعد (٢) الموت (و الاقرار و إن كان ملزما بنفسه) كما مر (و لكن سبب الإرث و هو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في إيراث تهمة الايثار) يعني صار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا (بخلاف ما تقدم) من الاقرار لأجنبية ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار (لأن سبب الإرث الزوجية و هي طارئة) لأن الزوجية حصلت بعد الاقرار لها بدين فلا يبطل الاقرار (حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار و هي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب) و هو الزوجية وقت الإقرار (حال صدوره) أي صدور الإقرار و نظيرها من أقر لأخيه و له ابن ثم هلك الابن ثم هلك المقر يبطل الإقرار للأخ لقيام سبب الإرث و هو الأخوة وقت الإقرار. (قال (٣)) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و كذا) أي يبطل الإقرار و الهبة و الوصية (لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق) قبل الموت (لما ذكرنا) فيما سبق

---

(١) أي عند الموت. هذا بالنظر إلى أن الايصاء تمليك مضاف إلى زمان زوال الأهلية و هو زمان الموت على ما روى عن الشافعي رحمه الله تعالى لكنوية. (٢) أي بعد الموت. هذا بالنظر إلى أن التركة مبقاة على ملك الميت بعد الموت فالايصاء تمليك على سبيل الاستخلاف فلا بد من بطلان أهلية الأصل كما هو مذهبنا لكنوى. (٣) قال. و في بعض النسخ ليس لفظ قال.

و ذكر فى كتاب الاقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه و هو أجنبى و إن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له و هو ابنه و الوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت و أما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك فى الحال و هو رقيق و فى عامة الروايات هى فى مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح. قال و المقعد و المفلوج و الأشل و المسلول إذا تطاول ذلك و لم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه

آنفا وقت الإقرار (و ذكر) (١) أى محمد رحمه الله تعالى (فى كتاب الاقرار) يعنى من المبسوط (إن لم يكن عليه) أى على العبد (دين يصح) أى الإقرار (لأنه أقر لمولاه) يعنى يكون الإقرار لمولاه (و هو أجنبى) أى و الحال أن المولى أجنبى (و إن كان عليه) أى على العبد (دين لا يصح) أى الإقرار (لأنه إقرار له) أى للعبد (و هو ابنه) أى و الحال أنه ابنه (و الوصية باطلة لما ذكرنا) و الذى ذكره فيما مضى ذكره هنا بقوله (أن المعتبر فيها) أى فى الوصية (وقت الموت) لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت و العبد حينئذ وارث و لا وصية للوارث (و أما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك فى الحال و هو رقيق) فتكون الهبة للمولى فتصح (و فى عامة الروايات هى) أى الهبة (فى مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح) و التفصيل المذكور فى العبد لا يتأتى فى المكاتب لأن المولى لا يملك كسبه فى الحالين. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و المقعد) هو من لا يقدر على القيام (و المفلوج) من فلجت الشيء فلجين أى شققته نصفين و منه الفالج فى مصدر المفلوج لأنه ذهاب النصف كذا فى المغرب و الفالج ذهاب الحس و الحركة من أحد شقى البدن و سلامة الشق الآخر (و الأشل) من الشلل بالشين المعجمة و هو فساد فى اليد يقال شلت يده فشل و رجل أشل (و المسلول) بالسين المهملة قال الجوهرىّ السلال بالضم السل يقال أسله الله فهو مسلول و هو من الشواذ و قال المطرزىّ المسلول الذى سل أنثياه أى نزعت خصياه و هذا لا يناسب هنا لأن الكلام فيما إذا تطاول المرض و لم يخف منه الموت و الذى نزعت خصياته بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضا و قال الأكملّ المسلول الذى به مرض السل و هو عبارة عن اجتماع المرة فى الصدر و نفثها و قال الكاكىّ قيل السل نوع من الدق (إذا تطاول (٢) ذلك و لم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه

(١) وذكر الخ. أراد به المصنفّ بيان أن فى صورة الاقرار رواية للصحة أيضا و كذا فى صورة الهبة و أما فى صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا نتائج. (٢) إذا تطاول الخ. و مدة التطاول مقدرة بسنة و المراد من الخوف الغالب منه لا نفس الخوف كفاية.

و لهذا لا يشتغل بالتداوى و لو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث و إن وهب عند ما أصابه ذلك و مات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف منه الموت و لهذا يتداوى فيكون مرض الموت و الله أعلم.

و لهذا) أى و لأجل ذلك (لا يشتغل بالتداوى) لأنه لما صارطبيعة فلا يحتاج إلى الدواء فكان حكمه حكم الأصحاء فيعتبر تصرفه فى جميع المال و يصح إقراره للوارث (و لو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث) إذا مات فى أيامه يكون حكمه حكم المريض يعتبر تصرفه فى ثلث المال و لا يصح إقراره للوارث (و إن وهب) أى الذى صار صاحب فراش بعد ذلك (عند ما أصابه ذلك و مات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف منه الموت و لهذ يتداوى فيكون مرض الموت) يعنى يكون حكمه حكم المرض الذى مات فيه (و الله اعلم) و الحامل (١) إذا ضربها المخاض و هو الطلق يكون تبرعها من الثلث و به قال النخعى و الأوزاعى و الثورى و يحيى الأنصارى و مكحول و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و هو ظاهر مذهب الشافعى رحمه الله تعالى و قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى إذا صار لها ستة أشهر عطيتها من الثلث و قال ابن المسيب و عطاء و قتادة رحمهم الله تعالى عطية الحامل من الثلث و قال الحسن و الزهرى رحمهما الله تعالى عطيتها كعطية الصحيح و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و لو اختلطت الطائفتان للقتال و كل منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة فى حكم مرض الموت و إذا لم يختلطوا فلا سواء كان بينهما رمى بالسهام أو لا و به قال مالك و أحمد و الاوزاعى و الثورى رحمهم الله تعالى و نحوه عن مكحول رحمه الله تعالى و عن الشافعى رحمه الله تعالى قولان أحدهما كقول الجماعة و الثانى ليس بمخوف لأنه ليس بمرض و راكب البحر فإن كان ساكنا فليس بمخوف و إن هبت الريح و اضطرب البحر فهو مخوف و الأسير و المحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف و إلا فلا و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و المجذوم و صاحب حمى الربع و حمى الغب إذا صار صاحب فراش يكون فى حكم المريض مرض الموت و به قال مالك و أحمد و أبو ثور و الأوزاعى و الثورى رحمهم الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الأمراض الممتدة عطيته من كل المال لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه و إن كان لا يبرأ فهو كالهرم و الله أعلم.

(١) و الحامل إذا ضربها المخاض الخ. كذا فى المغنى ص٥٠٥ إلى ص٥١٠ ج٦. و فى الهندية: و المرأة إذا أخذها الطلق فما فعلته فى تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها و إن سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله شرح الطحاوى أوصى بوصية ثم جن إن أطبق عليه الجنون فهو مفوض إلى رأى القاضى إن أجاز جازت و إلا بطلت و إن مست الحاجة إلى التوقيت فالفتوى على أن الجنون المطبق فى حق التصرفات يقدر بسنة خزانة المفتين.

باب العتق فى مرض الموت

قال و من أعتق فى مرضه عبدا أو باع و حابى أو وهب فذلك كله جائز و هو معتبر من الثلث و يضرب به مع أصحاب الوصايا

(باب العتق فى مرض الموت)

أى هذا باب فى بيان أحكام العتق فى مرض الموت و فى بيان حكم الوصية بالعتق و لما كان الإعتاق فى المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة و أخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل. (قال) أى القدورى (و من أعتق فى مرضه عبدا أو باع (١) و حابى أو وهب (٢) فذلك كله جائز و هو معتبر من الثلث و يضرب به مع أصحاب الوصايا) أى يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثة و هو العبد المعتق فى مرض الموت و المشترى من المريض الذى باع بالمحاباة و الموهوب له مع أصحاب الوصايا و المراد بضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا أنهم يستحقون الثلث لا غير و ليس المراد أنهم يساوون أصحاب الوصايا فى الثلث يحاصونهم لأن العتق المنفذ فى المرض مقدم على الوصية بالمال فى الثلث ألا ترى إلى ما ذكر الطحاوى فى مختصره و من أوصى بوصايا فى مرضه فأعتق عبدا له يبدأ بالعتاق و أخرج من الثلث فإن فصل شىء كان لأهل الوصايا و إن لم يفضل شىء فلا شىء لهم ثم العتق أن يكون مقدما على سائر الوصايا إذا كان منفذا فى المرض أو معلقا بالموت مثل أن يقول إن حدث بي حادث من هذا المرض فهو حر فأما إذا أوصى بعتق عبده بعد موته بوقت فلا يبدأ بالعتق بل

(١) أو باع و حابى بأن باع مريض مثلا من أجنبى ما يساوى مائة بخمسين أو حابى فى الاجارة و الاستئجار و المهر و الشراء بأن يشترى ما يساوى خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل فى الشراء و الناقص فى البيع محاباة أى مسامحة من حبوته حباء ككتاب أعطيته الشىء من غير عوض و قيد المحاباة فى البزازية و غيرها بما لا يتغابن فيه قلت و فى آخر إجارات الوهبانية:

و إيجار ذى ضعف من الكل جائز و لو أن أجر المثل من ذاك أكثر

قال الشرنبلالى فى شرحه صورتها مريض آجر داره بأقل من أجرة المثل قالوا جازت الاجارة من جميع ماله و لا تعتبر من الثلث لأنه لو أعارها و هو مريض جازت فالاجارة بأقل من أجر المثل أولى قال الطرسوسى و هذه المسئلة خالفت القاعدة فان الأصل أن المنافع تجرى مجرى الأعيان و فى البيع يعتبر من الثلث اعتبارا للفرع بالأصل و الفرق أن البيع عقد لازم يتعلق بعين المال و قد تعلق به حق الورثة و الغرماء و الاجارة تتعلق بالنفقة و تنفسخ بالموت فلا يتصور التعلق بعده اه فتنبه و لعلهما روايتان شامية. (٢) أو وهب الخ. هذا إذا اتصل بالهبة القبض قبل موته أما إذا مات و لم يقبض فتبطل الوصية لأن هبة المريض حقيقة و إن كانت وصية حكما كما صرح به قاضيخان و غيره اه شامى عن ط عن المكى.

و فى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز و المراد الاعتبار من الثلث و الضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها إيجاب بعد الموت و هذا منجز غير مضاف و اعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة و كذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان و الكفالة فى حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما فى الهبة و كل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث و إن أوجبه فى حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد

يكون هو و سائر الوصايا سواء و قال الفقيه أبو الليث إذا أوصى بعتق عبده بعد موته و أوصى لآخر بألف فالثلث بينهما بالحصص و لا يبدأ بالعتق لأنه يحتمل النقض و الرد فصار حكمه حكم سائر الوصايا ألا ترى أنه لو ظهر على الميت دين فإن العبد يباع بدينه و تبطل الوصية (و فى بعض النسخ) أى فى بعض نسخ القدورى (فهو وصية مكان قوله جائز) و قال الأترازى و رأيت فى نسخة نقية مكتوبة فى سنة خمس و عشرين و خمسمائة فذلك كله وصية معتبرة من الثلث و قال الكاكى و قال صاحب المجتبى و الأول أصح لأن هذا أول بالاعتبار من الثلث (و المراد) من قوله فهو وصية (الاعتبار من الثلث و الضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها) أى الوصية (إيجاب بعد الموت و هذا منجز غير مضاف) إلى الموت (واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة) بالمال (و كذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان و الكفالة (١) فى حكم الوصية) فيعتبر من الثلث و إنما غاير بين الضمان و الكفالة بحرف العطف لأن الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لأجنبى خالع إمرأتك على ألف على أنى ضامن أو قال بع هذا العبد من فلان بألف على أنى ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف كان بدل الخلع على الأجنبى دون المرأة و الخمسمائة (٢) على الضامن دون المشترى كذا فى شرح الأقطع (لأنه) أى لأن المريض (يتهم فيه) أى فى إيجابه على نفسه (كما فى الهبة) أى كما يتهم فى الهبة (و كل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث و إن أوجبه) أى و إن كان الإيجاب واقعا (فى حال صحته اعتبارا) أى لأجل الاعتبار (بحال الإضافة دون حال العقد) لأنه علقه بحال تعلق حق

---

(١) و الكفالة الخ. قال فى البزازية و كفالته على ثلاثة أوجه فى وجه كدين الصحة بأن كفل فى الصحة معلقا بسبب و وجد السبب فى المرض بأن قال ما ذاب لك على فلان فعليّ و فى وجه كدين المرض بأن أخبر فى المرض بأنى كفلت فلانا فى الصحة لا يصدق فى حق غرماء الصحة و المكفول له مع غرماء المرض و فى الأول مع غرماء الصحة و فى وجه كسائر الوصايا بأن أنشأ الكفالة فى مرض الموت اه شامية. (٢) و الخمسمائة على الضامن الخ. وجهه أن هذا من باب الزيادة فى الثمن و هى من الأجنبى جائزة بخلاف ما إذا لم يقل من الثمن حيث لا يلزمه شيء كما فى متفرقات بيوع الكنز.

و ما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحا فهو من جميع المال و إن كان مريضا فمن الثلث و كل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد فى ماله. قال و إن حابى ثم أعتق و ضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و إن أعتق ثم حابى فهما سواء و قالا العتق أولى فى المسألتين و الأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث

الورثة فيه بالمال فكان المعتبر فيه حال الإضافة لا حال الايجاب (و ما نفذه) أى و ما نجزه فى الحال (من التصرف) و لم يضفه إلى ما بعد الموت كالاعتاق و الهبة (فالمعتبر فيه حالة العقد) أى عقد التصرف (فإن كان صحيحا) حال العقد (فهو من جميع المال) أى يعتبر تصرفه من جميع المال (و إن كان مريضا) حال العقد (فمن الثلث) أى يعتبر تصرفه من ثلث المال (و كل مرض صح منه فهو (١) كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد فى ماله) لأن حق الغريم و الوارث إنما يتعلق بمرض الموت و بالبرء ظهر أنه ليس بمرض الموت. (قال) أى القدورىّ (و إن (٢) حابى ثم أعتق) صورته رجل باع فى مرضه عبدا و حابى بأن باعه بألف و هو يساوى ألفين ثم أعتق عبدا يساوى ألفا (و ضاق الثلث عنهما) أى عن المحاباة و العتق (فالمحاباة أولى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يسعى العبد فى جميع قيمته و به قال مالك رحمه الله تعالى ثم العتق يعتبر من الثلث عند الجمهور إلا ما حكى عن مسروق رحمه الله تعالى أنه يعتبر من رأس المال و هو قول شاذ (و إن أعتق يساوى ألفا ثم حابى فهما سواء) أى العتق و المحاباة سواء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و قالا (٣)) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (العتق أولى فى المسألتين) و به قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى و هو قول الزهرى و النخعى و الثورى و قتادة و إسحاق رحمهم الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية يسوى بين كل الوصايا (و الأصل فيه) فى هذا الباب (أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث) مثل أن يوصى بالربع و

---

(١)فهو كحال الصحة. قال القهستانىّ فلو أوصى بشىء صارت باطلة لأنه ظهر بالصحة أنه لا يتعلق بماله حق أحد و هذا إذا قيد بالمرض بأن قال إن مت من مرضى هذا و أما إذا أطلق ثم صح فباقية و إن عاش بعد ذلك سنين كما فى التتمة اه شامية. (٢)و إن حابى الخ. صورته باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم أعتق عبدا قيمته مائة و لا مال له سواهما يصرف الثلث إلى المحاباة و يسعى المعتق فى كل قيمته و صورة العكس أعتق الذى قيمته مائة ثم باع الذى قيمته مائتان بمائة يقسم الثلث و هو المائة بينهما نصفين فالمعتق يعتق نصفه مجانا و يسعى فى نصف قيمته و صاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة و خمسين شامى عن ابن كمال. (٣)و قالا العتق أولى فى المسئلتين. قلت قول الزيلعىّ و صاحب المنحّ و قالا هما سواء فى المسئلتين سبق قلم و الصواب ما هنا كما نبه عليه الشلبىّ.

فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض و العتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح و المحاباة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت و التساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق و إنما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى و غيره يلحقه و كذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى و إذا تقدم (١) ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما

السدس (فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض) بلا خلاف بين العلماء و في المبسوط أوصى بثلث ماله لرجل و لآخر بسدسه و لآخر بربعه فأجازت الورثة يأخذ كل حقه كاملا لأن في المال وفاء و لو لم يجز و ضرب كل واحد منهم في الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق لأن الوصايا كلها وقعت في الثلث و استوت في القوة فيضرب كل بجميع حقه (إلا العتق الموقع في المرض) هذا استثناء من قوله لا يقدم أى إلا العتق المنجز لا المفوض إلى اعتاق الورثة مثل أن يقول اعتقوه (و العتق المعلق بموت الموصى) مثل أن يوصى بعتقه بعد موته (كالتدبير الصحيح) مثل أن يقول الرجل لمملوكه أنت حر بعد موتى أو انت حر إذا مت أو إن مت و احترز بالصحيح عن التدبير الفاسد كما إذا قال أنت حر بعد موتى بيوم أو بشهر فانه لا يكون مقدما على سائر الوصايا بل هو و سائر الوصايا سواء (و المحاباة في البيع) بالرفع عطف على قوله العتق الموقع في المرض (إذا وقعت في المرض) فانه يقدم كل واحد من هذه الأمور الثلاثة المستثناة على سائر الوصايا (لأن الوصايا قد تساوت) تعليل لقوله لا يقدم البعض على البعض (و التساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق و إنما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا) و هو العتق الموقع في المرض و العتق المعلق بموت الموصى (لأنه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى و غيره) أى غير العتق المنفذ و المعلق كسائر الوصايا بمال (يلحقه) أى الفسخ من جهة الموصى لأنه يصح الرجوع عنه و لا يصح الرجوع في العتق (و كذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى) لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة و من قضية المعاوضة اللزوم فلزمته الوصية التى في ضمنها بمنزلة العتق (و إذا قدم ذلك) أى العتق المذكور و المحاباة (فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما) أى من سوى المعتق

---

(١) تقدم. ن. قدم.

من أهل الوصايا و لا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ و المحاباة يلحقها و لا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت و له أن المحاباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته و الاعتاق تبرع صيغة و معنى فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف و إذا وجد العتق أولاً و ثبت و هو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة

المذكور و المحابى له (من أهل الوصايا و لا يقدم البعض على البعض) بل يكون الباقي من الثلث بينهم على قدر وصاياهم (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في (١) الخلافية) و هي التي قدم فيها المحاباة على العتق (أن العتق أقوى) من المحاباة (لأنه لا يلحقه الفسخ و المحاباة يلحقها) أي الفسخ من جهة المشتري (و لا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه) أي لأن التقديم في الذكر (لا يوجب التقدم في الثبوت) كما إذا أوصى لفلان و لفلان و لفلان بالثلث لا يكون المقدم بالذكر مقدما على غيره بل يكون الثلث بينهم أثلاثا كذا فيما نحن فيه لا يكون المحاباة أولى بالتقديم في الذكر (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن المحاباة أقوى) من العتق (لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة) لأنها حصلت في البيع و البيع عقد ضمان لأن المبيع مضمون عليه يطالب بتسليم المبيع فصارت المحاباة بمنزلة الدين (فكان) أي البيع بالمحاباة (تبرعا بمعناه) أي باعتبار المعنى (لا بصيغته) أي لا يكون تبرعا باعتبار صيغته فان البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة و الشفعة تختص بالمعاوضات و لهذا أن البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون و الصبي المأذون و بالمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة (و الاعتاق تبرع صيغة و معنى) لا تجارة فيه و بالمرض يلحقه الحجر عنه (فإذا (٢) وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف) أي العتق (و إذا وجد العتق أولاً و ثبت و هو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة) يعني لما وجد العتق أولاً ثم

---

(١) في الخلافية و هي التي قدم فيها المحاباة على العتق كذا شرحه الأكملّ و تبعه العينيّ و الصواب أن يقال في شرح الخلافية و هي التي اجتمع فيها العتق و المحاباة سواء قدمت المحاباة على العتق أو قدم العتق على المحاباة لأن الخلاف بين أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى في كلتا المسئلتين و كذا الدليل المذكور من قبلهما و من قبله يجري فيهما اه نتائج ملخصا. (٢) فاذا وجدت الخ. فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ و المحاباة يلحقها الفسخ فكان العتق أولى قيل المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت و من جهة الورثة فلا يكون لهم سبيل إلى فسخها و إنما يصح فسخها من جهة المشتري فيستدل بانقطاع حقهم في الفسخ على تأكدها فأما وقوع الفسخ من جهة المشتري فلا اعتبار له لأن المحاباة ما وقعت من قبل المشتري و هو المواصلة بل من قبل الموصي و ليس له الفسخ لكنوية عن غاية.

و على هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها و بين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان و لو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول و المحاباة نصفين و ما أصاب العتق قسم بينه و بين العتق الثاني و عندهما العتق أولى بكل حال. قال و من أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق

وجدت المحاباة لم ترفعه المحاباة لقوة العتق الذى نفذ فى الثلث لأنه لا يحتمل الرفع و لما ثبت كل واحد من الحقين ثبتت المزاحمة ضرورة فيكونان سواء (و على هذا) أى على هذا الأصل (قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما) فى وقوعهما فى ضمن عقد المعاوضة (ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة) من نصف الثلث (قسم بينها و بين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان و لو أعتق) أولاً (ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول و المحاباة و ما أصاب العتق قسم بينه و بين العتق الثاني) لتجانسهما (و عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (العتق أولى بكل حال) يعنى قدم فى الذكر أو أخر فان (١) قلت ينبغي أن تقدم المحاباة الأولى على الثانية لأن الأولى تقدم على العتق عنده و الأخيرة من المحاباتين تساوى العتق عنده فبالتقدم على أحد المتساويين تتقدم على المتساوى الآخر قلت دل الدليل على تساوى المحاباتين لأنهما من جنس واحد و التساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق و لهذا لو وجدتا متفاضلتين تتساويان و دل الدليل على تقدم الأولى ما ذكرنا فعملنا بهما و قلنا بالتساوى بين المحاباتين عملا بالدليل الأول ثم ما أصاب الأخيرة يقسم بينها و بين العتق بالدليل الثانى فيكون عملا بالدليلين بقدر الإمكان. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من أوصى بأن يعتق عنه بهذه (٢) المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق

---

(١)فان قلت الخ. و فى الكفاية: فان قيل ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق و المحاباة الأولى راجحة على العتق و المساوى للمرجوح مرجوح فكذا فى المسئلة الثانية ينبغى أن لا يشارك العتق الثانى الأول عنده لأن العتق الأول يساوى المحاباة و المحاباة راجحة على العتق الثانى و المساوى للراجح راجح قلنا لا يرجح العتق على العتق و المحاباة على المحاباة للاجماع إذا لم يكن الغير متخللا و كذا إذا تخلل الغير اه. (٢)بهذه المائة أى المعينة و إنما قيد بذلك حتى يتصور هلاك بعضها شامى و لو أوصى بأن يشترى بثلث ماله و هو ألف عبد فيعتق عنه فاذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة قيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و لئن كان قول الكل فالفرق لهما أن الوصية هنا وقع الشك فى صحتها فلا تصح بالشك و لا كذلك مسئلة الكتاب لأنها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك زيلعى قال فى المجمع و لو أوصى أن يشترى بكل ماله عبد فيعتق فلم يجيزوا فهى باطلة و قالا يشترى بالثلث اه شلبى.

عنه بما بقى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و إن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ و إن لم يهلك منها و بقى شىء من الحجة يرد على الورثة و قالا يعتق عنه بما بقى لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج و له أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة و تنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له و ذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة و هى (١) حق لله (٢) تعالى و المستحق لم يتبدل فصار (٣) كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقى إليه و قيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه و هو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق و عنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق و هذا أشبه. قال

عنه بما بقى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و إن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ و إن لم يهلك منها و بقى شىء من الحجة يرد (٤) على الورثة و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يعتق عنه بما بقى لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج) و هو قياس قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و لو فضل شىء من الحج يصرف إلى الحج و لا يرد إلى الورثة عند الثلاثة رحمهم الله تعالى (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة و تنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له (٥) و ذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة هى حق الله تعالى و المستحق لم يتبدل و صار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقى إليه و قيل (٦) هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه و هو أن العتق حق الله تعالى عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق و عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق و هذا أشبه) أى كون هذا الخلاف فى عتق النسمة بناء على أن العتق حق الله عزوجل أو حق المملوك هو أشبه بالصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيختلف المستحق إذا هلك منه شىء و تبطل الوصية و ترد المائة إلى ورثته كذا قاله الأكملّ. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير

---

(١)و هى. ن. هى. (٢)لله. ن. الله. (٣)فصار. ن. و صار. (٤)يرد على الورثة إلا أن يكون الموصى جعل الفضل للذى حج عنه فيكون له قاله الامام الكتانىّ عناية. (٥)لغير الموصى له فان من قيمته دون المائة غير من قيمته مائة لكنوية عن غاية. (٦) قيل الخ. القائل هو فخر الاسلام البزدوىّ فى شرح الجامع الصغير لكنوية عن غاية.

و من ترك ابنين و مائة درهم و عبدا قيمته مائة درهم و قد كان أعتقه فى مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع فى شيء لأن العتق فى مرض الموت و إن كان فى حكم الوصية و قد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز باجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم و قد أسقطوه. قال و من أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية و دفع بها بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهته إلا أن ملكه فيه باق و إنما يزول بالدفع فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته فإن فداه الورثة كان الفداء فى مالهم لأنهم هم الذين التزموه و جازت الوصية لأن العبد طهر

(و من ترك ابنين و مائة درهم و عبدا قيمته مائة درهم و قد كان أعتقه فى مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع فى شيء لأن العتق فى مرض الموت و إن كان فى حكم الوصية) كلمة إن وصلية (و قد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها) أى أن الوصية بأكثر من الثلث (تجوز باجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم و قد أسقطوه) فصار كما إذا أوصى لرجل بنصف ماله فأجازه الورثة سلم ذلك للموصى له فكذا هذا. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من أوصى بعتق عبده ثم مات) أى الموصى (فجنى) أى العبد (جناية و دفع بها بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهته) أى لأن الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصى (إلا أن ملكه فيه باق) استثناء من قوله لما أن حق ولى الجناية مقدم أى إلا أن ملك الموصى فى العبد باق لحاجته مع أن حق الولى مقدم (و إنما يزول بالدفع) فما لم يدفع يبقى حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه كما إذا كان العبد أخا لامرأة الموصى مثلا و إنما يبقى ملكه فيه إلى أن يستغنى عن حاجته فيه لأن ملك الورثة بسبيل الخلافة فما لم يستغن الأصل عن حاجته لا تثبت الخلافة (فإذا خرج به) أى بالدفع (عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه) أى أو باع وارثه (بعد موته) بأن يظهر على الميت دين و قد أوصى بعتق العبد يباع العبد بدينه (فإن (١) فداه الورثة كان الفداء فى مالهم) أى كانوا متبرعين فيما فدوه به (لأنهم هم الذين التزموه و جازت الوصية لأن العبد طهر) بالطاء

---

(١) فان فداه الخ. فان لم يوجد الدفع و الفداء و أعتقه الوصى فان عالما بالجناية لزمه تمام الأرش و إلا فالقيمة و لا يرجع لأن الوصية بعتق عبد غير جان فقد خالف شامى عن سائحانى قال المقدسى بعد الفرع المذكور المعزو للولوالجية فيه بحث لأنه ليس ملكه فكيف يصح عتقه و ليس بطريق النيابة للمخالفة فليتأمل رافعى.

عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية. قال و من أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له و الوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه فى الصحة و قال الوارث أعتقه فى المرض فالقول قول الوارث و لا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة لأن الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لأن العتق فى الصحة ليس بوصية و لهذا ينفذ من جميع المال و الوارث ينكره لأن مدعاه العتق فى المرض و هو وصية و العتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا و القول قول المنكر مع اليمين و لأن العتق حادث و الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهرشاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة و هو خصم فى إقامتها لاثبات حقه. قال و من ترك عبدا

المهملة من الطهارة (عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية. قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له و الوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه فى الصحة و قال الوارث أعتقه فى المرض فالقول قول الوارث و لا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له) أى للموصى له (البينة أن العتق فى الصحة لأن الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لأن العتق فى الصحة ليس بوصية و لهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لأن مدعاه العتق فى المرض و هو وصية و العتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان) أى الوارث (منكرا و القول قول المنكر مع اليمين و لأن العتق حادث و الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها) أى بأقرب الأوقات و أقرب الأوقات وقت المرض (فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة و هو خصم فى إقامتها لإثبات حقه) قال الكاكى هذا جواب عن إشكال و هو أن الدعوى فى العتق شرط لإقامة البينة عنده فكيف تصح إقامة البينة من غير خصم فقال هو خصم فى إقامة البينة فى إثبات حقه و قال فخر الإسلام يوجب أن يستحلف الوارث إن لم يقم بينة الموصى له بالثلث. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من ترك عبدا

فقال للوارث أعتقنى أبوك فى الصحة و قال رجل لى على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبد يسعى فى قيمته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يعتق و لا يسعى فى شيء لأن الدين و العتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا و العتق فى الصحة لا يوجب السعاية و إن كان على المعتق دين و له أن الاقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال و الاقرار بالعتق فى المرض يعتبر من الثلث و الأقوى يدفع الأدنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية و لأن الدين أسبق لأنه لا مانع له من الاستناد (١) فيستند إلى حالة الصحة و لا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية و على هذا الخلاف إذا مات الرجل و ترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين و قال الآخر كان لى عنده ألف درهم وديعة فعنده

فقال) أى العبد (للوارث أعتقنى أبوك فى الصحة و قال رجل لى على أبيك ألف درهم فقال) أى الوارث (صدقتما فان العبد يسعى فى قيمته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يعتق و لا يسعى فى شيء لأن الدين و العتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا و العتق فى الصحة لا يوجب السعاية و إن كان على المعتق دين) كلمة إن وصلية (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال و الاقرار بالعتق فى المرض يعتبر من الثلث و الأقوى يدفع الأدنى فقضيته) أى قضية هذا المذكور بالوجه المذكور (أن يبطل العتق أصلا) لأن إسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد المانع من الإسناد و قد وجد المانع و هو شغل الدين فانه منع الاسناد إلى حالة الصحة فاقتصر العتق على حالة المرض فعلى هذا كان ينبغى أن يبطل العتق أصلا (إلا أنه) أى أن العتق (بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى) لا من حيث الصورة (بايجاب السعاية) على العبد و يقضى به الدين (و لأن الدين أسبق لأنه لا مانع له من الإسناد فيسند إلى حالة الصحة و لا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية و على هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور (إذا مات الرجل و ترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين و قال الآخر كان لى عنده ألف درهم وديعة فعنده)

---

(١)الاستناد فيستند. ن. الاسناد فيسند.

الوديعة أقوى و عندهما هما سواء.

فصل

قال و من أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج و الزكاة و الكفارات لأن الفريضة أهم من النافلة

أى فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (الوديعة (١) أقوى و عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هما سواء) أى الدين و الوديعة سواء و فى عامة الكتب نحو المنظومة و شروحها و الكافى ذكروا الاختلاف على عكس ما ذكر صاحب الهداية و قال الكاكى و الأصح ما ذكر فيها و قال الأترازى جعل صاحب الهداية الوديعة أقوى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و جعل الدين و الوديعة سواء عند صاحبيه و الكبار رحمهم الله تعالى قبل صاحب الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا و نقل عن الكافى للحاكم الشهيد بعد أن ذكر صورة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الألف بينهما نصفان و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى صاحب الوديعة أولى و نقل هكذا عن الفقيه أبى الليث و نقل أيضا عن القدورى أنه ذكر فى التقريب هكذا و كذا نقل عن المنظومة من كتاب الإقرار فى باب أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لصاحبيه:

لو تركت ألف و هذا يدعى — دينا و ذاك قال هذا مودعى

و الابن قد صدق هذين معا — استويا و أعطيا من أودعا

و الله أعلم.

(فصل)

أى هذا فصل فى بيان الوصايا إذا ضاق عنها الثلث. (قال) أى القدورى (و من أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى) من زكاة أو صلاة أو صوم أو حج أو فطر أو كفارة و نحو ذلك (قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج و الزكاة و الكفارات لأن (٢) الفريضة أهم من النافلة

---

(١) الوديعة أقوى الخ. قال الزيلعى: وجه قول من يقدم الوديعة أن الوديعة ثبتت فى عين الألف و الدين ثبت فى الذمة أولاً ثم ينتقل إلى العين فكانت الوديعة أسبق فكان صاحبها أحق كما لو كان المورث حيا فقال صدقتما و وجه قول من سوى بينهما أن الوديعة لم تظهر إلا مع الدين فيستويان فيه فيتحاصان فيه كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة بخلاف إقرار المورث نفسه لأن إقراره بالدين يثبت فى الذمة و بالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها و إقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كاقراره بالوديعة يتناول العين فافترقا اه. (٢) لأن الفريضة الخ. أراد بالفريضة ما يشمل الواجب بقرينة قوله و الكفارات لكن الفرض الحقيقى مقدم على الواجب و فى القهستانى فيبدأ بالفرض حق العبد ثم حق الله تعالى ثم الواجب ثم النفل كما روى عنهم اه شامى.

و الظاهر منه البداية بما هو الأهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى أنه يبتدئ بالزكاة و يقدمها على الحج و هو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و في رواية عنه أنه يقدم الحج و هو قول محمد رحمه الله تعالى وجه الأولى أنهما و إن استويا في الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى

و الظاهر منه) أى من الموصى (البداية بما هو الأهم) و قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى ديون الله و ديون العباد يتحاصان و به قال أصحاب الظاهر و أبو ثور و اسحاق و أبو سليمان رحمهم الله تعالى و هو قول الحسن و عطاء و ابن المسيب و الثورى رحمهم الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول ديون الله تقدم و قال مالك رحمه الله تعالى يبدأ بالعتق في المرض ثم التدبير ثم بعدها الزكاة المفروضة ثم عتق عبد بعينه أوصى بأن يشترى فيعتق ثم الكتابة أى وصيته بالكتابة لعبد ثم أداء الحج ثم الإقرار بالدين لمن لا يجوز إقراره ثم عتق رقبة عن ظهار ثم كفارة يمين ثم بالإطعام على ما فرط من قضاء رمضان ثم النذر (فإن تساوت) أى الوصايا (في القوة) بأن كانت كلها فرائض أو نوافل كالجسور و الرباطات و المساجد (بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم) و قال الكرخيّ في مختصره قال هشامٌ عن محمد رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و هو قول محمدٍ رحمه الله تعالى كل شيء كان جميعه لله تعالى من الحج و الصدقة و العتق و غير ذلك فأوصى به رجل و كان الثلث يبلغ ذلك كله فان كان كله تطوعا بدئ بالأول فالأول مما نطق به حتى يأتي آخره أو ينقضى الثلث فيبطل ما بقى و كذلك إن كانت الوصايا كلها فريضة بدئ بالأول حتى يكون النقصان على الآخر و إن كان بعضه فريضة و بعضه تطوعا بدئ بالفريضة و إن أخرها و إن كان بعضه تطوعا و بعضه شيء أوجبه على نفسه بدئ بالذى أوجبه على نفسه و إن كان قد أخره في نطقه قال هشامٌ إلى هنا قولهم جميعا (و ذكر الطحاوى رحمه الله تعالى أنه يبتدئ بالزكاة و يقدمها على الحج و هو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و في رواية عنه) أى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (أنه يقدم الحج) على الزكاة (و هو قول (١) محمد رحمه الله تعالى و جه الأولى) أى وجه الرواية الأولى (أنهما) أى أن الحج و الزكاة (و إن استويا في الفرضية) كلمة إن وصلية (فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى

---

(١)و هو قول محمد رحمه الله تعالى. لعل المصنفً وجد رواية و إلا فالقدوريّ في شرح مختصر الكرخي و شمس الأئمة السرخسيّ في شرح الكافي و شمس الأئمة البيهقيّ في الكفاية وصاحب التحفةً و الشيخ أبو نصرٍ في شرح الأقطع جعلوا قول محمد رحمه الله تعالى تقديم الزكاة على الحج لكنوية عن غاية.

وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال و النفس و الزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة و الحج على الكفارات لمزيتهما عليها فى القوة إذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت فى الكفارات

وجه الأخرى) أى وجه الرواية الأخرى (أن الحج يقام بالمال و النفس و الزكاة) تقام (بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة و الحج على الكفارات لمزيتهما عليها) أى لمزية الزكاة و الحج على الكفارات (فى القوة إذ قد جاء فيهما) أى فى الزكاة و الحج (من الوعيد ما لم يأت فى الكفارات) قال الله تعالى ﴿والذين (١) يكنزون الذهب و الفضة و لا ينفقونها﴾ الآية و روى (٢) ابن ماجةؒ من حديث عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال ما من أحد لا يؤدى زكاة ماله إلا مثل له يوم القيامة شجاعا أقرع حتى يطوق به عنقه ثم قرأ علينا رسول الله ﷺ مصداقه من كتاب الله تعالى و لا تحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله الآية و رجاله رجال الصحيح و روى (٣) الترمذىؒ من حديث على رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من ملك زادا و راحلة تبلغه إلى بيت الله و لم يحج فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا قال الترمذىؒ حديث غريب و فى إسناده هلال بن عبدالله مجهول و الحارث يضعف فى الحديث و روى (٤) الدارمىؒ من حديث أبى أمامة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من لم يمنعه عن الحج حاجة ظاهرة أو سلطان جائر أو مرض حابس فمات و لم يحج فليمت إن شاء يهوديا و إن شاء نصرانيا و فى سنده ليث بن أبى سليم و هو ضعيف و روى (٥) ابن عدىؒ فى الكامل عن

---

(١) والذين يكنزون الآية. التوبة: ٢٤ هذا فى الزكاة و أما فى الحج فقال الله تعالى و لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ومن كفر فان الله غنى عن العالمين (أل عمران: ٩٧) قال المفسر الآلوسىؒ فى روح المعانى: يحتمل أن يراد بمن كفر من لم يحج و عبر عن ترك الحج بالكفر تغليظا و تشديدا على تاركه و روى (يعنى سعيد ابن منصورؒ) بسند صحيح عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أنه قال لقد هممت أن أبعث رجالا إلى هذه الأمصار فلينظروا كل من كان له جدة فلم يحج فيضربوا عليهم الجزية ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين و يحتمل إبقاء الكفر على ظاهره و إليه ذهب ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فقد أخرج البيهقىؒ عنه أنه قال فى الآية و من كفر بالحج فلم ير حجه برا و لا تركه مأثما و روى ابن جريرؒ أن الآية لما نزلت قام رجل من هذيل فقال يا رسول الله من تركه كفر قال من تركه لا يخاف عقوبته و من حج لا يرجو ثوابه فهو ذاك و على كلا الاحتمالين لا تصلح الآية دليلا لمن زعم أن مرتكب الكبيرة كافر اه ملخصا. (٢) روى ابن ماجةؒ فى الزكاة باب ما جآء فى منع الزكاة ص ١٢٩ . (٣) روى الترمذىؒ فى الحج باب ما جآء من التغليظ فى ترك الحج ص ١٠٠ ج ١ . (٤) روى الدارمىؒ فى المناسك باب من مات و لم يحج ص ٤٥ ج ٢ . (٥) روى ابن عدىؒ فى الكامل الخ. كذا فى نصب الراية ص ٤١٢ ج ٤ .

و الكفارة في القتل و الظهار و اليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر و صدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها و الإختلاف فى الاضحية و على هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض. قال و ما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا و صار كما إذا صرح بذلك قالوا إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى و ما كان

أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من مات و لم يحج حجة الإسلام فى غير وجع حابس أو حاجة ظاهرة أو سلطان جائر فليمت أىّ الملتين شاء إما يهوديا و إما نصرانيا و فى سنده عبد الرحمن بن القطامى قال الفلاسّ كان كذابا (و الكفارة (١) فى القتل و الظهار و اليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه) أى لأن الشأن (عرف وجوبها) أى وجوب الكفارات الثلاثة (بالقرآن دون صدقة الفطر) فإن وجوبها عرف بالأخبار و ترك كفارة الإفطار لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد و ثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة (و صدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها) أى وجوب صدقة الفطر (و الاختلاف فى الاضحية) فانها غير واجبة عند الشافعي رحمه الله تعالى و الاضحية مقدمة على النوافل لأنها واجبة عندنا (و على هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض) كالعشر مع الخراج فان (٢) العشر يقدم على الخراج و صدقة الفطر تقدم على النذر لأن صدقة الفطر واجبة بايجاب الشرع و النذر واجب بايجاب العبد. (قال) أى القدورىّ (و ما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا) أشار به إلى قوله لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم (و صار كما إذا صرح بذلك) و قال ابدؤوا بما بدأت به و لو قال كذلك لزمه تقديم ما قدم فكذا هذا و هو ظاهر الرواية و روى الحسن رحمه الله تعالى عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب هذا الترتيب أو لم يرتب (قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى و ما كان

---

(١)و الكفارة الخ. قال الاتقانىّ فى غاية البيان و قال بعضهم إن كفارة القتل تقدم على كفارة اليمين لقوتها بشرط الاسلام فيها ثم كفارة اليمين على كفارة الظهار لوجوبها بهتك حرمة اسم الله تعالى و الثانية بايجاب حرمة على نفسه و لنا فيه نظر لأنه خلاف المنصوص من الرواية لأنه لا تقدم الفرائض بعضها على بعض و كذلك التطوع بل يبدأ بما بدأ به الموصى و قد مر نص الكرخىّ على ذلك اه أقول أراد بالبعض صاحب النهايةّ لكن الاتقانىّ نفسه ذكر أنه تقدم الكفارات على الفطرة و الفطرة على الاضحية كما فعل الزيلعىّ و لعله بناه على قول الطحاوىّ و عليه لا مانع من تقديم بعض الكفارات على بعض إذا وجد المرجح كما فعله صاحب النهايةّ و تبعه الزيلعىّ و به يسقط النظر فتدبر شامية. (٢)فان العشر يقدم الخ. لعله لاشتماله على حق الله تعالى و العباد بخلاف الخراج فانه قصر على الثاني شامى عن ط.

للعبد فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذى ذكرناه و يقسم على عدد القرب و لا يجعل الجميع كوصية واحدة لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة فى نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين. قال و من أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده و لهذا يعتبر فيه من المال

للعبد فما أصاب القرب) بضم القاف و فتح الراء جمع قربة بضم القاف و سكون الراء و هو ما يتقرب به إلى الله تعالى من الأعمال الصحيحة (صرف إليها على الترتيب الذى ذكرناه) أى فيما مضى فى هذا الفصل (و يقسم على عدد القرب و لا يجعل الجميع كوصية واحدة لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة فى نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين) فإن قال ثلث مالى فى الحج و الزكاة و الكفارات و لزيد يقسم على أربعة أسهم لما ذكره المصنفؒ بقوله لأنه إن كان المقصود إلى آخره و فى تحفة الفقهاء إذا كان مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى الوصية للآدمى فان الموصى له يضرب مع الوصايا فى القرب و يجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب و لا يجعل كلها جهة واحدة و لا يقدم الفرض على حق الآدمى لحاجة العبد إليه ثم إنما يصرف الثلث إلى الحج الفرض و الزكاة و الكفارات إذا أوصى بها فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث إليها بل تسقط عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى و إذا أوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فى مرض الموت و فى شرح الطحاوىؒ و إن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى به فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله و إن كان ثلث ماله لا يحتمل جميع ذلك فان أجازت الورثة فكذلك و إن لم تجز الورثة فإنه ينظر إن كانت وصاياه كلها للعباد فإنهم يضاربون بالثلث بينهم بالحصص و إن كانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر إن كانت كلها فرائض يبدأ بما بدأ به و إن كانت كلها واجبات فانه يبدأ بما بدأ به أيضا و كذلك إن كانت كلها تطوعا و إن كان بعضها فرائض و بعضها واجبات و بعضها تطوع فانه يبدأ بالفرائض أولاً و إن كان أخرها ثم يبدأ بالواجبات ثم بالنوافل و إن جمع هذه الوصايا كلها فانهم يتضاربون فى الثلث بوصاياهم فما أصاب العباد فهو لهم و لا يقدم بعضهم على بعض و ما كان لله تعالى يجمع ذلك كله فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع. (قال) أى القدورىؒ (و من أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و قال فى قول من الميقات (لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده و لهذا يعتبر فيه من المال

ما يكفيه من بلده و الوصية لأداء ما هو الواجب عليه و إنما قال راكبا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذى وجب عليه. قال فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ و في القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن و الممكن فيه ما ذكرناه و هو أولى من إبطالها رأسا و قد فرقنا بين هذا و بين الوصية بالعتق من قبل. قال و من خرج من بلده حاجا فمات في الطريق و أوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده

ما يكفيه من بلده و الوصية لأداء ما هو الواجب عليه و إنما قال راكبا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه) أى انصرف أداء الحج إلى المأمور (على الوجه الذى وجب عليه) أى على الموصى يعنى أن الموصى لم يكن يجب عليه الحج إذا لم يقدر على الراحلة و إنما يجب عليه إذا قدر على الراحلة فاذا وجب الحج راكبا يلزم الأداء على الذى يحج عنه كذلك راكبا و قال أبو الليث في كتاب نكت الوصايا ذكر هشام رحمه الله تعالى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال لو أن إنسانا قال أنا أحج عنه من منزله بهذا المال ماشيا لا يعطى له ذلك و يحج عنه من حيث يبلغ راكبا و أجاب في الواقعات المأمور بالحج لو حج ماشيا فالحج عن نفسه و يضمن النفقة. (قال) أى القدورى (فان لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) أى النفقة و به قال أحمد رحمه الله تعالى (و في القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن و الممكن فيه ما ذكرناه) و هو الإحجاج عنه من حيث تبلغ النفقة (و هو أولى من إبطالها رأسا) أى تنفيذ وصية بقدر الإمكان أولى من إبطالها بالكلية (و قد فرقنا بين هذا و بين الوصية بالعتق من قبل) أى في باب العتق في مرض الموت و أراد بالفرق الفرق الذى على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى في الفصل المتقدم بين ما إذا أوصى بأن يعتق بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقى و بين الوصية بالحج بثلث ماله و ثلث ماله لا يكفيه حيث يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ و هو أن المستحق تبدل في الأولى و لم يتبدل في الثانية. (قال) أى القدورى (و من خرج من بلده حاجا) قيد بقوله حاجا لأنه لو خرج تاجرا و مات فانه يحج من بلده بالاتفاق (فمات في الطريق و أوصى (١) أن يحج عنه يحج (٢) عنه من بلده

---

(١) و أوصى أن يحج عنه الخ. إنما تجب الوصية به إذا أخره بعد وجوبه أما إذا حج من عامه فلا شامية. (٢) يحج عنه من بلده فان أحج الوصى من غير بلده يضمن إلا أن يكون ذلك المكان بحيث يبلغ إليه و يرجع إلى الوطن قبل الليل اه مناسك السندى و فيها لو أوصى أن يحج من غير بلده يحج عنه كما أوصى قرب من مكة أو بعد اه قلت و الظاهر أن الموصى يأثم بذلك لتركه الواجب عليه و مثله لو أوصى بما لا يكفى للاحجاج من بلده تأمل شامية.

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول زفر رحمه الله تعالى و قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يحج عنه من حيث بلغ استحسانا و على هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة و سقط فرض قطع المسافة بقدره و قد وقع أجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده و له أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذى وجب و الله أعلم.

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول زفر رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يحج عنه من حيث بلغ استحسانا (١)) و به قال أحمد رحمه الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قيل هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن فأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق (و على هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور (إذا مات الحاج عن غيره في الطريق) فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحج عنه من بلده و عندهما يحج عنه من حيث مات (لهما) أى لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن السفر بنية الحج وقع قربة و سقط فرض قطع المسافة بقدره و قد وقع أجره على الله) قال الله تعالى ﴿و من (٢) يخرج من بيته مهاجرا إلى الله و رسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله﴾ فلا يجوز إبطال ذلك المقدار من الخروج (فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله) أى و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه) أشار به إلى قوله لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده (أداء) أى لأجل الأداء (للواجب على الوجه الذى وجب) و هو الحج من بلده و في كتاب نكت الوصايا فان كان للرجل أوطان شتى فان كان مات في بعض الأوطان يحج من ذلك الوطن و إن مات في السفر يحج (٣) من أقرب الأوطان إلى مكة (والله أعلم).

---

(١)استحسانا. قلت و مفاده أن قوله أى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى قياس و عليه المتون فكان القياس هنا هو المعتمد در مختار و هو الصحيح واختاره المحبوبي و النسفي و صدر الشريعة و غيرهم رحمهم الله تعالى اه قاسم و هذا مما خرج من قاعدة تقديم الاستحسان على القياس شامي. (٢)و من يخرج الآية. النساء: ١٠٠ و الجواب أن المراد بالمتلو في حق أحكام الآخرة من الثواب زيلعي. (٣)يحج من أقرب الأوطان إلى مكة و إن كان مكيا فمات بخراسان فمن مكة إلا أن يوصى بالقران فمن خراسان جوهرة (فرع) قال أحجوا عنى بثلث مالي أو بألف و هو يبلغ حججا فان صرح بواحدة اتبع و رد الفضل إلى الورثة و إلا حج عنه حججا في سنة واحدة و هو الأفضل أو في كل سنة اه سندى شامية.

باب الوصية للأقارب و غيرهم

قال و من أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هم الملاصقون و غيرهم ممن يسكن محلة الموصى و يجمعهم مسجد المحلة و هذا استحسان و قوله قياس لأن الجار من المجاورة و هي الملاصقة حقيقة و لهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار و لأنه لما تعذر صرفه إلي الجميع يصرف إلي أخص الخصوص و هو الملاصق

(باب الوصية للأقارب و غيرهم (١))

أي هذا باب في بيان أحكام الوصية للأقارب و غيرهم إنما أخر هذا الباب عما تقدمه لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين و فيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم و الخصوص يتلو العموم. (قال) أي القدوريّ (و من أوصى (٢) لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هم الملاصقون و غيرهم ممن يسكن محلة الموصى و يجمعهم مسجد المحلة و هذا استحسان) أي قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى استحسان و ذكر القدوريّ في التقريب قال محمد رحمه الله تعالى في الاملاء إذا أوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين قربت الأبواب أو بعدت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لمن يجمعهم مسجد في الجماعة و ذكر ابن شجاعٌ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى اعتبار أهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد قال هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و روى بشرٌ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة و إن تفرقوا في مسجدين متقاربين و إن تباعدوا و كان المسجد واحدا عظيما جامعا لكل فأهل مسجد جيران دون الآخرين و إن كان في المصر قبائل فالجيران الأفخاذ دون القبائل إلى هنا لفظ التقريب (و قوله) أي و قول (٣) أبي حنيفة رحمه الله تعالى (قياس) و به قال زفر رحمه الله تعالى (لأن الجار من المجاورة و هي الملاصقة حقيقة و لهذا) أي و لكون الجار هو الملاصق (يستحق الشفعة بهذا الجوار) أي بالجوار الملاصق (و لأنه) أي و لأن الشأن (لما تعذر صرفه) أي صرف ما أوصى لجيرانه (إلى الجميع) أي إلى جميع الجيران (يصرف إلي أخص الخصوص و هو الملاصق) و قال الشافعي و

---

(١)و غيرهم أي من الأهل و الأصهار و الأختان و نحو ذلك شامية. (٢)و من أوصى لجيرانه الخ. لما كان لكل من الأقارب و الجيران خصوصية تستدعي الاهتمام نبه على أهمية كل منهما من وجه حيث قدم الأقارب في الترجمة و الجيران هنا سعدية. (٣)قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و في الشامية: و الصحيح قول الامام رحمه الله تعالى كما أفاده في الدر المنتقى و صرح به العلامة قاسمٌ و هو القياس كما في الهداية فهو مما رجح فيه القياس على الاستحسان اهـ.

وجه الإستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا و قد تأيد بقوله ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد و فسره بكل من سمع النداء و لأن المقصد بر الجيران و استحبابه ينتظم الملاصق

أحمد رحمهما الله تعالى هم أهل أربعين دارا من كل جانب لما روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة و السلام قال الجار أربعون دارا هكذا و هكذا و هكذا و هكذا و في المغني (١) لابن قدامة و هذا نص إن صح و إلا فالجار هو المقارب و يرجع في ذلك إلى العرف (وجه الاستحسان أن هؤلاء) أى الملاصقين و غيرهم (كلهم يسمون جيرانا عرفا) أى من حيث عرف الناس (و قد تأيد ذلك بقوله عليه الصلاة و السلام) أى بقول النبى ﷺ (لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد) هذا (٢) الحديث رواه الحاكم و الدارقطني عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه مرفوعا و رواه الدارقطني أيضا عن جابر رضى الله تعالى عنه مرفوعا و رواه ابن حبان عن عائشة رضى الله تعالى عنه مرفوعا بأسانيد ضعيفة و قال ابن الجوزى هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ قال ابن حزم هذا حديث ضعيف و هو صحيح من قول على رضى الله تعالى عنه قلت رواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي أنه بلغه عن هشيم و غيره عن أبي حيان التيمى عن أبيه عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أنه قال لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد قيل و من جار المسجد قال من أسمعه المنادى قال القدورى في التقريب و قد قال هلال الرأى أن الجار من أسمعه المنادى لأنه روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه قال لا صلاة لجار المسجد إلى آخره قال و هذا ليس بشيء لأنه لو جاز إعتبار الوصية بهذا لجاز في الشفعة (و فسره بكل من سمع النداء) قال تاج الشريعة و فسره أى النبى ﷺ فقال هم الذين يجمعهم مسجد واحد انتهى قلت هذا غريب منه و كيف يقال و فسره النبى ﷺ و الحديث لم يصح عن النبى ﷺ و لئن سلمنا أنه صح و لم يفسره النبى ﷺ هكذا و إنما فسره على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه فيما روى عنه موقوفا عليه كما ذكرنا الآن فإن قلت يمكن أن يقال و فسره على رضى الله تعالى عنه قلت نعم على رضى الله تعالى عنه فسره هكذا و لكن فسر حديث نفسه حين سئل كما ذكرنا و المصنف ما أسند الحديث إلى على رضى الله تعالى عنه حتى يصح أن يقال و فسره على رضى الله تعالى عنه و لو قال و فسر على صيغة المجهول لكان أصوب على ما لا يخفى (و لأن المقصد بر الجيران) أى المقصود من وصية الشخص لجيرانه وصول إحسانه إليهم (و استحبابه) أى استحباب البر (ينتظم الملاصق

(١) المغني لابن قدامة ص ٥٥٧ ج ٦. (٢) هذا الحديث الخ. راجع للتفصيل نصب الراية ص ٤١٢ و ص ٤١٣ ج ٤.

و غيره إلا أنه لا بد من الإختلاط و ذلك عند اتحاد المسجد و ما قاله الشافعي رحمه الله تعالى الجوار إلى أربعين دارا بعيد و ما يروى فيه ضعيف قالوا و يستوى فيه الساكن و المالك و الذكر و الأنثى و المسلم و الذمي لأن إسم الجار يتناولهم و يدخل فيه العبد الساكن عنده

و غيره إلا أنه) أى غير أنه (لا بد من الاختلاط) و هذا جواب من قال ينبغى أن يستحق غير من يجمعه المسجد فأجاب بأنه لا بد من الاختلاط (و ذلك) أى الاختلاط (عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران (و ما قاله الشافعي رحمه الله تعالى الجوار إلى أربعين دارا بعيد) باعتبار العرف (و ما يروى فيه ضعيف) أى الذى يروى في أن الجوار إلى أربعين دارا حديث ضعيف لم يثبت أما الحديث فقد رواه (١) البيهقي رحمه الله تعالى عن أم هانئ بنت أبى صفرة عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبى ﷺ قال أوصانى جبريل عليه السلام بالجار إلى أربعين دارا عشرة من ههنا و عشرة من ههنا و عشرة من ههنا و عشرة من ههنا انتهى و قال فى إسناده ضعف و رواه (٢) أبو يعلى الموصلىّ في مسنده عن عبد السلام بن أبى الجنوب عن أبى سلمة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ حق الجوار إلى أربعين دارا هكذا و هكذا و هكذا و هكذا يمينا و شمالا و قدام و خلف و عن أبى يعلىّ رواه ابن حبانّ فى كتاب الضعفاء و أعله بعبد السلام بن أبى الجنوب و قال إنه منكر الحديث و أما قول من قال هذا حديث لا تعرف رواته فغير صحيح ذكره الأكملّ بقوله قيل هذا خبر لا يعرف راويه و كيف يقال هذا و قد عين البيهقىّ و أبو يعلىّ رواته و لكن لم يصح لما ذكرنا (قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (و يستوى فيه) أى فيما أوصى به رجل لجيرانه (الساكن) بالإجارة و العارية (و المالك و الذكر و الأنثى و المسلم و الذمي لأن اسم الجار يتناولهم) و فى الزيادات قال محمد رحمه الله تعالى أما أنا فأستحسن أن أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك تلك الدور و غيرهم ممن لا يملكها و لمن يجمعه مسجد تلك المحلة التى فيها الموصى من الملاصقين و غيرهم السكان ممن فى تلك المحلة و غيرهم سواء فى الوصية الاقربون و الأبعدون و الكافر و المسلم و الصبى و المرأة فى ذلك سواء و ليس للماليك و المدبرين و أمهات الأولاد فى ذلك شيء (و يدخل فيه) أى فيما أوصى به لجيرانه (العبد الساكن عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى

(١) رواه البيهقىّ فى الوصايا باب الرجل يقول ثلث مالى إلى فلان يضعه حيث أراه الله الخ ص ٢٧٦ ج ٦. (٢) رواه أبو يعلى الموصلىّ الخ. كذا فى نصب الراية ص ٤١٤ ج ٤.

لإطلاقه و لا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه و هو غير ساكن. قال و من أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته لما روى أن النبى عليه الصلاة و السلام لما تزوج صفية رضى الله تعالى عنها أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكراما لها و كانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة و السلام

(لإطلاقه) أى لاطلاق اسم الجار على المملوك و غيره (و لا يدخل (١) عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لأن الوصية له) أى للعبد (وصية لمولاه و هو) أى مولاه (غير ساكن) فلا يتناوله. (قال) أى القدورىّ (و من أوصى لأصهاره) أى لأقرباء امرأته (فالوصية) تكون (لكل ذى رحم محرم من امرأته لما روى أن النبى ﷺ لما تزوج صفية رضى الله تعالى عنها أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكراما لها و كانوا يسمون أصهار النبى ﷺ) قوله صفية رضى الله تعالى عنها وهم و صوابه جويرية رضى الله تعالى عنها أخرجه (٢) أبو داودّ فى سننه فى العتاق عن محمد بن اسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عرورة بن الزبير عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق فى سهم ثابت بن قيس بن شماس أو ابن عم له فكاتبت على نفسها و كانت امرأة ملاحة تأخذها العين قالت عائشة رضى الله تعالى عنها فجاءت تسأل رسول الله ﷺ فى كتابتها فلما قامت على الباب فرأيتها كرهت مكانها و عرفت أن رسول الله ﷺ سيرى منها مثل الذى رأيت فقالت يا رسول الله أنا جويرية بنت الحارث و إنما كان من أمرى ما لا يخفى عليك و إنى وقعت فى سهم ثابت بن قيس بن شماس و إنى كاتبت على نفسى فجئت أسألك فى كتابتى فقال رسول الله ﷺ فهل لك إلى ما هو خير منه قالت و ما هو يا رسول الله قال أؤدى عنك كتابتك و أتزوجك قالت قد فعلت قالت فتسامع يعنى الناس أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية فأرسلوا ما بأيديهم من السبى فأعتقوهم و قالوا أصهار رسول الله ﷺ فما رأينا امرأة كانت أعظم بركة على قومها منها أعتق فى سببها مائة أهل بيت من بنى المصطلق انتهى و رواه (٣) الواقدى من طريق أخرى و فيه و كان الحارث بن أبى ضرار رأس بنى المصطلق

(١) و لا يدخل عندهما. و فى الزيادات و المحيط: و لا يدخل فيه العبد و الاماء و المدبرون و أمهات الأولاد لأنه لا جوار لهم لأنهم أتباع فى السكنى من غير ذكر خلاف و الأرملة تدخل لأن سكناها مضاف إليها والتى هى ذات بعل لا تدخل لأن سكناها غير مضاف إليها فلم تكن جارا حقيقة اه كفاية و المكاتب يدخل هندية عن كافى. (٢) أخرجه أبو داودّ فى العتق باب فى بيع المكاتب إذا فسخت المكاتبة ص ١٩٢ ج ٢ قال فى الشرنبلالية و قد علمت أن السبى كان قد قسم و أن المعتقين للسبى هم الصحابة رضى الله تعالى عنهم لا النبى ﷺ و فى الاستدلال به على أن الصهر كل ذى رحم محرم من إمرأته تأمل لما علمت من القصة اه شامية. (٣) رواه الواقدى الخ. كذا فى نصب الراية ص ٤١٥ ج ٤.

و هذا التفسير اختيار محمد و أبي عبيد رحمهما الله تعالى و كذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه و زوجة ابنه و زوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الكل

و سيدهم و كانت ابنته جويرية اسمها برة فسماها رسول الله ﷺ جويرية لأنه كان يكره أن يقال خرج من بيت برة يقال إن رسول الله ﷺ جعل صداقها عتق كل أسير من بنى المصطلق و يقال جعل رسول الله ﷺ صداقها عتق أربعين من قومها (و هذا التفسير) أى التفسير المذكور (اختيار محمد و أبى عبيد رحمهما الله تعالى) إنما قيد بهذا التفسير لأن الصهر (١) يجيء في اللغة بمعنى الختن أيضا و محمد هو ابن الحسن و أبو عبيد هو القاسم بن سلام بتشديد اللام قال الأترازىّ قول محمد رحمه الله تعالى حجة فى اللغة استشهد بقوله أبو عبيدٌ فى غريب الحديث و قال فى مجمل اللغة قال الخليلٌ لا يقال لأهل بيت المرأة إلا الأصهار و كذا قال الجوهرىّ و قد نظم الإمام نجم الدين النسفىّ فى نظمه لكتاب الزيادات بيتين يشتملان على معنى الصهر و الختن فقال:

أصهار من يوصى أقارب عرسه   و يزول ذاك ببائن و حرام
أختانه أزواج كل محارم   و محارم الأزواج بالأرحام

و قال فخر الإسلام البزدوىّ فى شرح الزيادات أما الصهر فقد ينطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره محمد رحمه الله تعالى قال عاصم بن عدى:

و لو كنت صهرا لابن مروان قربة   و كأنى إلى المعروف و الطعن الرحب
و لكننى صهر لآل محمد   و خال بنى العباس و الخال كالأب

سمى نفسه صهرا و كان أخا امرأة العباس ثم قال فخر الإسلامٌ فيه و من شرط بقاء هذا الإسم أن يموت الموصى و هن نساؤه أو فى عدة منه من طلاق رجعى فأما بعد البينونة فتنقطع المصاهرة و إنما تعتبر يوم الموت يعنى أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصى أو كانت معتدة من طلاق رجعي يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر و إذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونها لانقطاع المصاهرة بالإبانة و عدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة (و كذا يدخل فيه) أى فيما أوصى لجيرانه (كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه و زوجة ابنه و زوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الكل

(١) لأن الصهر يجيء فى اللغة بمعنى الختن أيضا بدليل قولهم:

لكل أبى بنت إذا ما ترعرعت   ثلاثة أصهار إذا عدد الصهر
فأولهم خدر و ثانيهم امرؤ   و ثالثهم قبر و خيرهم القبر

اهـ سعدى عن شرح الزيادات للعتابىّ.

أصهار و لو مات الموصى و المرأة فى نكاحه أو فى عدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية و إن كانت فى عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح و هو شرط عند الموت. قال و من أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه و كذا محارم الأزواج لأن الكل يسمى ختنا قيل هذا فى عرفهم و فى عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم و يستوى فيه الحر و العبد و الأقرب و الأبعد لأن اللفظ يتناول الكل. قال و من أوصى لأقاربه فهى للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم

أصهار) لما مر من حديث جويرية رضى الله تعالى عنها (و لو مات الموصى و المرأة فى نكاحه أو فى عدته) أى أو كانت المرأة فى عدته (من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية و إن كانت فى عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح و هو شرط عند الموت) و قد شرح هذا فخر الإسلام و قد ذكرناه آنفا. (قال) أى القدورى (و من أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه و كذا محارم الأزواج) أى محارم أزواج كل ذى رحم محرم من الموصى و فى الكافى الأختان أزواج البنات و الأخوات و العمات و الخالات و كذا كل ذى رحم محرم من أزواج هؤلاء هكذا ذكره (١) محمدرحمه الله تعالى (لأن الكل يسمى ختنا قيل هذا فى عرفهم (٢) و فى عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم) قال محمد رحمه الله تعالى فى الزيادات إذا أوصى الرجل لأختانه بثلث ماله ثم مات فالأختان أزواج البنات و الأخوات و العمات و الخالات و كل امرأة ذات رحم محرم من الموصى فزوجها من أختانه و كل ذى رحم محرم من زوجها من ذكر أو أنثى فهو أيضا من أختانه و لا يكون الأختان إلا أزواج ذوات الرحم المحرم و من كان من قبلهم من ذى الرحم المحرم و لا يكون (٣) من الأختان من كان من قبل نساء الموصى (و يستوى فيه الحر و العبد و الأقرب و الأبعد لأن اللفظ يتناول الكل) أى لفظ الأختان يتناول الكل. (قال) أى القدورى (و من أوصى لأقاربه فهى) أى الوصية (للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم

---

(١)هكذا ذكره محمد رحمه الله تعالى. و فى الشامية: قال محمد رحمه الله تعالى فى الاملاء إذا قال أوصيت لأختانى بثلث مالى فأختانه زوج كل ذات رحم محرم منه و كل ذى رحم محرم من الزوج فهؤلاء أختانه فان كان له أخت و بنت أخت و خالة و لكل واحدة منهن زوج و لزوج كل واحدة منهن أرحام فكلهم جميعا أختانه و الثلث بينهم بالسوية الأنثى و الذكر فيه سواء و أم الزوج و جدته و غير ذلك سواء اه اتقانى و الشرط هنا أيضا قيام النكاح بين محارمه و أزواجهن عند موت الموصى كما نقله الطورى. (٢)فى عرفهم أى عرف أهل الكوفة هندية عن محيط. (٣)و لا يكون الاختان الخ. يريد به أن امرأة الموصى إذا كانت لها بنت من زوج آخر و لها زوج تزوج ابنتها لا يكون ختنا للموصى هندية عن تتارخانية.

محرم منه و لا يدخل فيه الوالدان و الولد و يكون ذلك للاثنين فصاعدا و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال صاحباه الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام و هو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام و إن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى و فائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام و لم يسلم

محرم منه و لا يدخل فيه الوالدان و الولد و يكون (١) ذلك للاثنين فصاعدا و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و في الكافي إذا أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه أو لأنسبائه فهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه و يدخل فيه الجد و الجدة و كذا ولد الولد في ظاهر الرواية و عن أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى أن الجد و ولد الولد لا يدخلان (٢) (و قال صاحباه) أي صاحبا أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هما أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (الوصية (٣) لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) يعني لجميع أهل قرابته من قبل الرجال و النساء إلى أقصى أب له في الإسلام من الطرفين جميعا يشتركون في الثلث الأقرب منهم و الأبعد و الذكر و الأنثى فيه سواء (و هو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام) سواء أسلم أو لا و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في اشتراط إسلام أقصى الأب قيل يشترط و قيل لا يشترط و هو معنى قوله (و إن لم يسلم) كلمة إن وصلية أي و إن لم يسلم أقصى الأب (على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى و فائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام و لم يسلم) فلو أوصى علوي لأقربائه فعلى قول من لم يشترط اسلام أقصى أب بل شرط إدراكه الاسلام يدخل في الوصية أولاد علي و عقيل و جعفر رضي الله تعالى عنهم لأن أقصى أب أدرك الاسلام أبو طالب و على قول من شرط إسلام أقصى أب يدخل في الوصية أولاد علي رضي الله تعالى عنه دون أولاد عقيل و جعفر رضي الله تعالى عنهما لأن أقصى

(١) و يكون ذلك للاثنين فصاعدا فلو كان القريب واحدا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يستحق نصف الوصية هندية عن محيط السرخسي. (٢) لا يدخلان و اختاره في الاختيار در مختار حيث اقتصر عليه و علله بأن القريب لغة من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره و تكون الجزئية بينهما منعدمة و نقل أبو السعود عن العلامة قاسم عن البدائع أنه هو الصحيح ثم قال لكن في شرح الحموي بخطه أن الدخول هو الأصح اه قلت و عبارة متن المواهب و أدخل أي محمد رحمه الله تعالى الجد و الحفدة و هو الظاهر عنهما اه و الحفدة جمع حافد ولد الولد و مثل الجد الجدة كما في المجمع رد المحتار. (٣) الوصية لكل من ينسب الخ. قيل هذا كان في ذلك الزمان حين لم يكن في أقرباء الانسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له في الاسلام كثرة فأما في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن إحصاؤهم فتصرف الوصية إلى أولاد أبيه و جده و جد أبيه و أولاد أمه و جدته و جدة أمه و لا تصرف إلى أكثر من ذلك زيلعي.

لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون إسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف و له أن الوصية أخت الميراث و في الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب و المراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية و المقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة و هو يختص بذي الرحم المحرم منه و لا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون أقرباء و من سمي والده قريبا كان منه عقوقا

أب أسلم هو علي رضي الله تعالى عنه و لا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لأنه لم يدرك الاسلام و قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية قرابته من قبل أبيه و أمه الذين ينسبون إلي الأب الأدنى الذي ينسب إليه و يستوي فيه القريب و البعيد لأنهم قرابته عرفا و قال مالك رحمه الله تعالى يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد و قال احمد رحمه الله تعالى في رواية قرابته أولاده و أولاد أبيه و أولاد جده و أولاد جد أبيه لا من هو أبعد منهم و يستوي فيه الذكر و الأنثى حتى لو أوصى لقرابة النبي ﷺ أعطى أولاده و أولاد عبد المطلب و أولاد هاشم و لم يعط بني عبد شمس و لا بني نوفل شيئا (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن القريب مشتق من القرابة فيكون) أي القريب (اسما لمن قامت) أي القرابة (به فينتظم) أي يشتمل اسم القريب (بحقيقته مواضع الخلاف) و هي ذو الرحم غير المحرم و الرحم الأبعد (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الوصية أخت الميراث و في الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب) فكذلك في الوصية (و المراد بالجمع المذكور فيه) أي في الميراث (اثنان فكذا في الوصية) اثنان لأن المثنى كالجمع في باب الميراث فكذلك في باب الوصية لأن الوصية أخت الميراث (و المقصد من هذه الوصية) أي المقصود منها (تلافي ما فرط) أي استدراك ما قصر (في إقامة واجب الصلة) لأن صلة ذي الرحم المحرم واجبة دون غيره بالاجماع و لهذا لا يجوز الرجوع في هبته و يستحق النفقة دون غيره (و هو يختص) أي تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة يختص (بذي الرحم المحرم منه و لا يدخل فيه) أي في الإيصاء على ذوي قرابته (قرابة الولاد) و هو الوالد والولد (فإنهم) أي فان الآباء و الأولاد (لا يسمون أقرباء) لأنهم أقرب من القرابة يدل عليه قوله تعالى ﴿الوصية (٢) للوالدين و الأقربين﴾ عطف الأقربين على الوالدين و العطف يقتضي المغايرة فلا يكون الوالد قريبا أيضا لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه و إلا لا يثبت القرب أصلا و أوضح هذا المعنى بقوله (و من سمي والده قريبا كان منه عقوقا) من حيث العرف

---

(١) قال الشافعي الخ. كذا في المغني لابن قدامة ص ٥٤٩ و ص ٥٥٠ ج٦. (٢) الوصية الآية. البقرة: ٨٠.

و هذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره و تقرب الوالد و الولد بنفسه لا بغيره و لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه و عندهما بأقصى الأب في الإسلام و عند الشافعي رحمه الله تعالى بالأب الأدنى. قال و إذا أوصى لأقاربه و له عمان و خالان فالوصية لعميه عنده اعتبارا للأقرب كما في الإرث و عندهما

(و هذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره و تقرب الوالد و الولد بنفسه لا بغيره) إذ لا واسطة بينهما (و لا معتبر بظاهر اللفظ) هذا جواب عن قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إن القريب مشتق من القرابة فيكون إسما لمن قامت به و تقرير الجواب أن ظاهر اللفظ لا اعتبار به (بعد انعقاد الإجماع على تركه) أي ترك ظاهر اللفظ يعني أن ظاهر اللفظ و إن اقتضى إطلاق إسم القريب على الوالد و الولد لكن الإجماع انعقد على ترك هذا الظاهر و بين ذلك بقوله (فعنده) أي فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (يقيد) أي لفظ القريب (بما ذكرناه) من الأقرب فالأقرب و غيره من القيود و القيود عنده خمسة و هي كونه ذا رحم محرم و اثنين فصاعدا و مما سوى الوالد و الولد و ممن لا يرث و الأقرب فالاقرب (و عندهما (١) بأقصى الأب في الإسلام) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يقيد بكل من يجمعه و إياه أقصى أب في الإسلام (و عند الشافعي رحمه الله تعالى) يقيد (بالأب الأدنى) الذي ينسب إليه و هو رواية عن احمد رحمه الله تعالى. (قال) أي القدوريّ (و إذا أوصى) هذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى يعني و إذا أوصى أحد (لأقاربه و له عمان و خالان فالوصية لعميه عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (اعتبارا (٢) للأقرب كما في الإرث) فانه يكون لعميه دون خاليه (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

(١)و عندهما بأقصى الأب في الاسلام فخالفا أبا حنيفة رحمه الله تعالى في شرطين المحرمية و القرب فيكفي عندهما الرحم بلا محرمية و يستوى الأقرب و الأبعد و اتفقوا على اعتبار الاثنين فصاعدا لأنه اسم جمع و المثنى كالجمع و أن لا يكون وارثا و لا والدا أو ولدا اتقاني عن المختلف ملخصا لكن قال الزيلعيّ و يستوى الحر و العبد و المسلم و الكافر و الصغير و الكبير و الذكر و الأنثى على المذهبين و إنما يكون للاثنين فصاعدا عنده اه و نقل نحوه في السعدية عن الكافي ثم قال و هذا مخالف لقول محمد رحمه الله تعالى في الوصية لأمهات أولاده الثلاث و للفقراء و المساكين حيث اعتبر فيه الجمعية و لم يعتبر ههنا اه قلت و على الأول لا مخالفة و كأنهما روايتان تأمل ثم رأيت القولين في الحقائق و القهستاني هذا و قول الامام هو الصحيح كما في تصحيح القدوري و الدر المنتقى اه شامية. (٢)اعتبارا للأقرب فالعمان أقرب من الخالين لأن قرابتهما من جهة الأب و الانسان ينسب إلى أبيه ألا ترى أن الولاية للعم دون الخال في النكاح فثبت أنهما أقرب من طريق الحكم اتقاني و هذا حيث كان الوارث غيرهما و كذا يقال فيما بعده و هو ظاهر شامي.

بينهم أرباعا إذ هما لا يعتبران الأقرب و لو ترك عما و خالين فللعم نصف الوصية و النصف للخالين لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع و هو الإثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب و لو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه و لو ترك عما و عمة و خالاً و خالة فالوصية للعم و العمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما و هي أقوى و العمة و إن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا و كذا إذا أوصى

(بينهم أرباعا) أى تكون الوصية بين العمين و الخالين أرباعا (إذ هما لا يعتبران الأقرب) قال القدوري (و لو ترك عما و خالين فللعم نصف الوصية و النصف للخالين لأنه (١) لا بد من اعتبار معنى الجمع و هو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابته) و له عم و خالان (حيث يكون للعم كل الوصية لأن اللفظ) و هو قوله لذى قرابته (للفرد فيحرز الواحد كلها) أى كل الوصية (إذ هو الأقرب) أى لأنه هو الأقرب فلا يستحق الأبعد عند وجوده (و لو كان له عم واحد) يعنى إذا أوصى لأقاربه و له عم واحد و لم يكن هو وارث (فله نصف الثلث) و النصف الباقي يرد على الورثة (لما بيناه) أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع و هو الاثنان إلى آخره (و لو ترك عما و عمة و خالاً و خالة) أى فيما إذا أوصى لأقاربه (فالوصية للعم و العمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما و هي أقوى) أى قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤولة (و العمة و إن لم تكن وارثة) هذا جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة و يقدم العم على الأخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب و تقرير الجواب أن العمة و إن لم تكن وارثة في هذه الصورة (فهي مستحقة للوصية) مساوية للعم في الدرجة و عدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها و هو الأنوثة لا يخرجها عن مساواتها العم في استحقاق هذه الوصية (كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا) لما أن حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة (و كذا) أى الحكم (إذا أوصى

---

(١)لأنه لا بد الخ. يعنى لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضا و اعترض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال إذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا إذا لم يكن معه عم آخر و حينئذ كان لقائل أن يقول إذا كان عم واحد كان له الثلث لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا إذا لم يكن معه غيره و على هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام و هلم جرا و أجيب بأن ذلك غير لازم لأن اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعين أدنى ما يستعمل فيه و هو الاثنان لتيقنه و العم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما و إذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين و في قولهما الثلث بينهم أثلاثا اه عناية.

لذوى قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع و لو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف قال و من أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يتناول كل من يعولهم و تضمهم نفقته اعتبارا للعرف و هو مؤيد بالنص قال الله تعالى ﴿و ائتوني بأهلكم أجمعين﴾

لذوى قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه) و هو جمع نسيب على وزن فعيل و هو القريب كالأنصباء فى جمع النصيب (في جميع ما ذكرنا) يعنى من القيود المذكورة على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما (لأن كل (١) ذلك لفظ جمع) و المعتبر فى كل جمع اثنان (و لو انعدم المحرم) يعنى إن لم يكن للموصى ذو الرحم المحرم فى هذه المسائل (بطلت الوصية) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن الوصية عنده لذى الرحم المحرم فإذا لم يكن للموصى قريب محرم كانت الوصية للمعدوم و هى باطلة و هى معنى قوله (لأنها مقيدة بهذا الوصف) أى لأن الوصية مقيدة بوصف المحرمية قال المصنف (قال) قال الأترازىّ قوله قال لم يقع مناسبا لأن عادة المصنفّ أنه لا يذكر لفظ قال إلا إذا كانت المسئلة مسألة القدورى أو الجامع الصغير أو كانت مذكورة فى البداية و هذه مع ما بعدها إلى قوله و من أوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة و كل هذه المسائل مذكورة فى مختصر الكرخىّ انتهى قلت يمكن أن يقال إن فاعل قال هذا المصنف رحمه الله تعالى لأن من عادته فى مواضع يقول قال و يكون المراد به قال المصنفّ و لما أخذ هذه المسألة عن مختصر الكرخىّ نقل كلامه بقوله قال أى المصنف رحمه الله تعالى (و من أوصى لأهل فلان فهى) أى الوصية (على زوجته) أى زوجة فلان (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال (٢) أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يتناول كل من يعولهم) يعنى فلان (و تضمهم نفقته) أى تجمعهم نفقته (اعتبارا للعرف و هو مؤيد بالنص قال الله تعالى ﴿و ائتونى (٣) بأهلكم أجمعين﴾) فإنه ليس المراد به الزوجة فقط و قال الله تعالى ﴿فأنجيناه (٤) و أهله إلا امرأته﴾ لكن لا يدخل مماليكه و إن كان يضمهم نفقته لأن الأهل لا يطلق عليهم فى العرف و فى مختصر الكرخىّ قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى هذا على جميع من يعوله فلان ممن يضمه نفقته قريبا كان

---

(١)لأن كل ذلك لفظ جمع. قال في غرر الأفكار و شرح المجمع عن الحقائق إذا ذكر مع هذه الألفاظ الأقرب فالأقرب لا يعتبر الجمع اتفاقا لأن الأقرب اسم فرد خرج تفسيرا للأول و يدخل فيه المحرم و غيره و لكن يقدم الأقرب لصريح شرطه اهـ و نقله في الشرنبلالية و الاختيار أيضا شامية. (٢)قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. قولهما استحسان در مختار عن شرح تكملة. (٣)و ائتونى الآية. يوسف:٩٣. (٤)فأنجيناه الآية. النمل:٥٧.

و له أن اسم الأهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿و سار بأهله﴾ و منه قولهم تأهل ببلدة كذا و المطلق ينصرف إلى الحقيقة و لو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها

أو غيره كالزوجة و اليتيم في حجره و الولد إذا كان يعوله فإن كان كبيرا قد اعتزل عنه أو كانت بنتا قد تزوجت فليس من أهله و في الزيادات و لا يدخل في ذلك مماليكه و لا وارث الموصى و لا يدخل الفلان الموصى لأهله في هذه الوصية (و له) أى و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿و سار بأهله﴾) قال الأترازيّ و في الاستدلال بهذه الآية نظر لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لأن الله تعالى قال ﴿فلما قضى موسى الأجل و سار بأهله آنس من جانب الطور نارا فقال لأهله امكثوا﴾ ألا ترى أنه خاطبهم بخطاب الجمع و الآية في سورة القصص (١) و كذلك خاطب في سورة طه (٢) ﴿ و هل أتاك حديث موسى إذ رأى نارا فقال لأهله امكثوا﴾ و قال الأكملّ الجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته فإن كان معه أحد من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها لأن طريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول و إنما استشهد بالآية تانيسا فان ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالآيات التي استدل بها الأترازيّ فإنه قال وجه قولهما أن اسم الأهل ينطلق على كل من يعوله و يضمه نفقته بدليل قوله تعالى في قصة يوسف عليه الصلاة والسلام ﴿و ائتوني (٣) بأهلكم أجمعين﴾ و قوله تعالى ﴿فأنجيناه (٤) و أهله إلا امرأته﴾ و قوله تعالى ﴿و وهبنا (٥) أهله و مثلهم معهم﴾ و لم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل (و منه قولهم تأهل ببلدة كذا) أى تزوج (و المطلق ينصرف إلى (٦) الحقيقة) يعني لغة و عرفا فلا يعدل عنها (و لو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها) فيدخل فيه كل من ينسب إليه (٧) من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام الأقرب و الأبعد

---

(١)القصص: ٢٩. (٢)طه: ٩و١٠. (٣)و ائتوني الآية. يوسف: ٩٣. (٤)فأنجيناه الآية. النمل: ٥٧. (٥)و وهبنا له الآية. صٓ: ٤٣. (٦)إلى الحقيقة أى المستعملة زيلعى قال العبد الضعيف رجح صاحب الهدايةِّ قول الامام رحمه الله تعالى حيث أخر دليله و في الشامية: و ميل الشارح إلى ترجيح قول الامام رحمه الله تعالى و إن كان هو القياس و لذا قال في الدر المنتقى و لكن المتون على قوله و قدمه المصنفّ فليحفظ أيضا اه و هذا إذا كانت الزوجة كتابية مثلا أو أجازت الورثة و في أبي السعود عن الحموى ينظر حكم ما لو أوصت لأهلها هل يكون الزوج لا غير اه أقول الظاهر لا إذ لا حقيقة و لا عرف. (٧)من ينسب إليه على حذف مضاف أى إلى نسبه بأن يشاركه فيه و يجتمع معه في أحد آبائه و لو الأب الأعلى شامي.

و لو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه و جده لأن الأب أصل البيت و لو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه و النسب يكون من جهة الآباء و جنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم و الأب و لو أوصى لأيتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوما يحصون دخل فى الوصية فقراؤهم و أغنياؤهم ذكورهم و إناثهم لأنه أمكن تحقيق التمليك فى حقهم و الوصية تمليك و إن كانوا لا يحصون فالوصية فى الفقراء منهم لأن المقصود من الوصية القربة و هى فى سد الخلة و رد الجوعة و هذه الأسامى تشعر بتحقق الحاجة

و الذكر و الأنثى و المسلم و الكافر و الصغير و الكبير فيه سواء و لا يدخل (١) فيه أولاد البنات و أولاد الأخوات و لا أحد من قرابة أمه لأنهم لا ينسبون إلى أمهم و إنما ينسبون إلى آبائهم فكانوا من جنس آخر و من أهل بيت آخر لأن النسب يعتبر من الآباء (و لو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه و جده لأن الأب أصل البيت) و عن أحمد رحمه الله تعالى أن أهل البيت بمنزلة قوله القرابة (و لو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه و النسب يكون من جهة الآباء و جنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الانسان يتجنس (٢) بأبيه) أى يتخذ الجنس من أبيه إذ الجنس عبارة عن النسب و النسب من جانب الأب لا من جانب الأم فإن اسماعيل عليه السلام كان من هاجر و كان من جنس قوم أبيه و ابراهيم رضى الله تعالى عنه ابن النبى ﷺ كان من جنس قريش و أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة (بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم و الأب) فيدخل فى الوصية قرابة كل من الجانبين (و لو أوصى لأيتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوما يحصون دخل فى الوصية فقراؤهم و أغنياؤهم ذكورهم و أناثهم لأنه أمكن تحقيق التمليك فى حقهم و الوصية تمليك و إن كانوا لا يحصون فالوصية فى الفقراء منهم لأن المقصود من الوصية القربة و هى فى سد الخلة و رد الجوعة و هذه (٣) الأسامى تشعر بتحقق الحاجة

---

(١)و لا يدخل فيه أولاد البنات الخ. أى إذا لم يكن آباؤهم من قومه شامى عن سائحانى. (٢)يتجنس بأبيه أى يقول أنا من جنس فلان شامى و لو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها لا يدخل ولدها لأن ولدها ينسب إلى أبيه لا إليها إلا أن يكون أبوه من قوم أبيها زيلعى عن كافى و مفاده أن الشرف من الأم فقط غير معتبر فتاوى ابن نجيم و به أفتى شيخنا الرملىّ در مختار قال العبد الضعيف و نص فى البدائع أن الحسب و النسب يختص بالأب دون الأم اه.
(٣)هذه الأسامى تشعر بتحقق الحاجة أما اليتم و العمى و الزمانة فظاهر و كذا الأرامل لأنها جمع أرملة و هى المرأة التى مات زوجها أو فارقها و هى فقيرة كفاية.

فجاز حمله على الفقراء

فجاز حمله على الفقراء) و الأيتام جمع يتيم و هو اسم لمن كان دون البلوغ و لا أب له لقوله (١) عليه الصلاة و السلام لا يتم بعد احتلام رواه (٢) أبو داودؒ عن على رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ و العميان جمع أعمى و الزمنى جمع زمن (٣) و الأرامل (٤) جمع أرمل و الأرمل هو الذى لا يقدر على شيء سواء كان رجلا أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كأدقع من الدقعاء و هي التراب و من الناس من قال الأرمل فى النساء خاصة و المختار عند المصنفؒ هو الأول حيث (٥) قال ذكورهم و إناثهم و هو اختيار الشعبى رحمه الله تعالى يقال أرمل القوم إذا فقدوا زادهم و صاروا محتاجين و من لا زوجة له من الرجال هل يدخل فيه قال الشافعي رحمه الله تعالى فى وجه و إسحاق رحمه الله تعالى يدخل و هو قول الشعبى رحمه الله تعالى و عند أكثر أهل العلم لا يدخل قال الشعبى رحمه الله تعالى هذا اللفظ يطلق على الذكر لغة قال (٦) الشاعر:

هذى الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

قلنا المعروف فى كلام الناس أنه النساء و فى الشعر إطلاقه للذكر تجوز و لهذا وصفه بالذكر و الشيء لا يوصف بنفسه و لئن كان حقيقة فقد هجرت الحقيقة بالعرف كما فى سائر الحقائق العرفية ثم حد الإحصاء عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون و قال بشر رحمه الله تعالى ليس لهذا وقت و قيل إذا كانوا لا يحصيهم المحصي

(١)لقوله عليه الصلاة و السلام الخ. و لأن اليتم عبارة عن الانفراد يقال درة يتيمة أى لا نظير لها فهي منفردة فمن انفرد عمن يربيه فى حال حاجته إلى التربية كان يتيما و بعد البلوغ فقد استغنى عمن يربيه لقدرته على القيام بمصالح نفسه فلا يسمى يتيما اه كفاية. (٢)رواه أبو داودؒ فى الوصايا باب ما جآء متى ينقطع اليتم ص ٤١ ج٢.
(٣)زمن (بالفتح فالكسر) الذى طال مرضه زمانا مغرب و فى التاج: (الزمانة العاهة) و فى الصحاح آفة فى الحيوانات (زمن كفرح زمنا) بالتحريك (و زمنة بالضم و زمانة فهو زمن و زمين) ككتف و أمير (ج زمنون و زمنى) فيه لف و نشر مرتب و الأخيرة نحو جريح و جرحى و كليم و كلمى لأنه جنس للبلايا التى يصابون بها و يدخلون فيها و هم لها كارهون فيطابق باب فعيل الذى بمعنى مفعول اه. (٤)الأرامل الخ. و فى التهذيب يقال للفقير الذى لا يقدر على شيء من رجل أو امرأة أرملة و لا يقال للتى لا زوج لها و هى موسرة أرملة مغرب و قال الشعبيؒ الأنوثة ليست بشرط بل يدخل فيه الذكر و الأنثى إلا أن الصحيح ما فسره محمد رحمه الله تعالى أن الأرملة هى المرأة البالغة التى كان لها زوج فارقها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل و قوله حجة فى اللغة كفاية و زاد فى النهاية قيد الحاجة قال لأن حقيقة المعنى فيه نفاد زادها لسقوط نفقتها عن زوجها اه شامية قال صاحب الزاهرؒ لا يقال رجل أرمل إلا فى الشذوذ و مطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس اه سعدية عن محيط. (٥)حيث قال ذكورهم و إناثهم. و فيه بحث فان الظاهر أن كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس سعدية. (٦)قال الشاعر يعنى جرير و هو يخاطب عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى مغرب.

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان و هم لا يحصون أو لأيامى بني فلان و هم لا يحصون حيث تبطل الوصية لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء و لا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة و تعذر الصرف إليهم

حتى يولد و فيهم مولود أو يموت فيهم أحد فانهم لا يحصون و قال محمد رحمه الله تعالى إذا كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون و قال بعضهم هو مفوض إلى رأى القاضي و عليه (١) الفتوى و الأيسر ما قال محمد رحمه الله تعالى كذا في فتاوى قاضي خان و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى أن الوصية للكل سواء كانوا يحصون أو لا و يدخل فيهم الأغنياء و الفقراء و قال الكرخيّ في مختصره قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا أوصى بثلث ماله لأيتام بني فلان فإن كانوا يحصون دخل فيهم الغني و الفقير فكان الثلث بينهم بالسوية الذكر و الأنثى فيه سواء و إن كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم كأنه قال أوصيت للمساكين فيعطي الوصي من شاء منهم و كذلك لو قال أوصيت بثلث مالي لعميان بني فلان أو لزمنى بني فلان فإن كانوا يحصون فالثلث بينهم للغني و الفقير كلهم بالسوية و إن كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم على ما وصفت لك و إذا أوصى لأرامل بني فلان فالوصية بينهن لكل امرأة محتاجة كان لها زوج طلقها أو مات عنها فهذه الأرملة قد أرملت عن زوجها و مالها و لا يدخل في ذلك ذكر محتاج و لا غني و لا يدخل في ذلك امرأة غنية فإن أمكن الإحصاء قسم ذلك بينهن بالسوية و إن كن لا يحصين فهذا على ما وصفت لك من أمر المساكين (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان و هم لا يحصون أو لأيامى بني فلان) أي أوصى لأيامى بني فلان و الأيامى جمع أيم و هي (٢) التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا (و هم لا يحصون حيث تبطل الوصية لأنه) أي لأن الشأن (ليس في اللفظ) أي لفظ الشبان و الأيامى (ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء و لا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة و تعذر الصرف إليهم) و في المبسوط فاذا لم يكن فيه ما ينبئ عن الحاجة كان المقصود هو التمليك و جهالة المملك مانعة لصحة التمليك إذ الصرف إلى الكل غير ممكن و ليس بعضهم أولى من بعض فكانت الوصية باطلة و في الايضاح قال أبو يوسف رحمه الله تعالى

(١)و عليه الفتوى قال في الاختيار هو المختار و الأحوط اه شامية. (٢)و هي التي الخ. كذا في المغرب و في الجامع الكبير: و الأيم اسم لكل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد أو لعجوز لا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو بالغة هكذا فسره محمد رحمه الله تعالى و قيل إن الأنوثة ليست بشرط و الجماع ليس بشرط و الصحيح ما فسره محمد رحمه الله تعالى كفاية.

و في الوصية للفقراء و المساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع و أقله اثنان في الوصايا على ما مر و لو أوصى لبني فلان يدخل فيهم (١) الإناث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أول قوليه (٢) و هو قولهما لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع و قال يتناول الذكور خاصة

الشاب (٣) من خمسة عشر إلى خمسين سنة إلى أن يغلب عليه الشمط (٤) و الكهل من ثلاثين سنة إلى آخر عمره و الشيخ ما زاد على خمسين سنة فجعل أبو يوسف رحمه الله تعالى الشيخ و الكهل سواء فيما زاد على خمسين و عن محمد رحمه الله تعالى الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر سنة و الفتى من بلغ خمسة عشر و فوق ذلك و الكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه و ما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب عليه الشيب فحينئذ يكون شيخا و عند أكثر أهل العلم الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين فاذا جاوز خمسين يكون شيخا إلى أن يموت (و في الوصية للفقراء و المساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع و أقله اثنان في الوصايا على ما مر) و لم يذكر المصنفؒ فيه الخلاف فينبغي أن يكون هذا على قول محمد رحمه الله تعالى و عندهما يجوز أن يدفع كله إلى فقير واحد لأن الجمع المحلى بالألف و اللام يصرف إلى الجنس و الجنس إلى الواحد مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل و عن أحمد رحمه الله تعالى يكفي الواحد كما في الزكاة (و لو أوصى لبني فلان) فلا يخلو إما أن يريد مفهومه الإضافي أو يكون اسم قبيلة أو فخذ فإن كان الأول (يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أول قوليه و هو (٥) قولهما) أي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول هو قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى أيضا (لأن جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع) أي أبو حنيفة رحمه الله تعالى (و قال يتناول الذكور خاصة) يعني لا يتناول الاناث و الخلاف عند الاختلاط أما إذا كانت الاناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق و علل المصنفؒ لقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى المرجوع

---

(١)فيهم.ن.فيه. (٢)قوليه. ن. قوله. (٣)الشاب الخ. و في الهندية عن خزانة المفتين: الشاب و الفتى من خمسة عشر إلى ثلاثين أو أربعين إلا أن يغلب عليه الشيب قبل ذلك و الكهل من ثلاثين أو أربعين إلى ستين إلا أن يغلب عليه الشيب قبله و الشيخ من خمسين و الغلام ما دون خمسة عشر إلى أن يحتلم اه. (٤)الشمط (محركة) بياض شعر الرأس يخالط سواده و الرجل أشمط و قوم شمطان (بالضم) مثل أسود و سودان و قد شمط (كفرح) يشمط شمطا (محركة) و المرأة شمطاء صحاح و قال الليثؒ الشمط في الرجل شيب اللحية و في المرأة شيب الرأس لا يقال للمرأة شيباء و لكن شمطاء تاج. (٥) و هو قولهما و كذا الخلاف لو لم يكن إلا أولاد البنين و في دخول بني البنات عنه روايتان و لو كان ابن واحد و بنو بتين فله النصف و لا شيء لهم و عندهما لهم الباقي و يدخل جنين ولد لأقل الأقل شامي عن اتقاني ملخصا.

لأن حقيقة الإسم للذكور و انتظامه للإناث تجوز و الكلام لحقيقته بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور و الاناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الإنتساب كبني آدم و لهذا يدخل فيه مولى العتاقة و الموالاة و حلفاؤهم.

إليه بقوله (لأن حقيقة الاسم) أى اسم البنين (للذكور و انتظامه للإناث تجوز) أى اشتمال اسم البنين للاناث مجاز (و الكلام لحقيقته) فلو تناولهما يكون جمعا بين الحقيقة و المجاز فإن قيل خطاب الذكور يتناول الإناث بالإجماع مع أن الحقيقة و المجاز لا يجتمعان قلنا خطاب المكلف دل على أن المراد العقلاء إذ التكليف مبنى على العقل فيتناولهن بطريق عموم المجاز أما ههنا لم يدل على العموم دليل بل دل على الخصوص و هو أن الموصى لم يقل لأولاد فلان بل قال لبنى فلان و إن كان الثانى فبينه المصنفؒ بقوله (بخلاف ما إذا كان بنو فلان إسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور و الاناث) القبيلة واحدة القبائل و هو بنو أب واحد و الفخذ بفتح الفاء و كسر الخاء من العشائر أقل من البطن و بيانه أن العرب على ست طبقات و هى الشعب و القبيلة و العمارة و البطن و الفخذ و الفصيلة فالشعب يجمع القبائل و القبيلة تجمع العمارة و العمارة تجمع البطون و البطن يجمع الأفخاذ و الفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب و كنانة قبيلة و قريش عمارة و قصى بطن و هاشم فخذ و العباس فصيلة و سميت الشعوب لأن القبائل تتشعب منها و قال شيخ الإسلام خواهر زادهؒ إذا أوصى لبنى كنانة لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر لأنهم فوقهم و يدخل أولاد كنانة إلى الفصيلة و إذا أوصى لبنى قريش و هو عمارة لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر و كنانة لأنهم فوقهم و يدخل أولاد قريش و قصى و أولاده و هاشم و أولاده و العباس و أولاده لأن هؤلاء دونهم و قس على هذا فاذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان و هو قبيلة أو فخذ فالثلث بينهم على السوية إذا كانوا (١) يحصون الذكور و الإناث فيه سواء (لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم و لهذا يدخل فيه مولى (٢) العتاقة و الموالاة و حلفاؤهم) و هو جمع حليف و هو اسم ما يأتى قبيلة فيحلف لهم و يحلفون له على التناصر و قال الكرخىؒ فى مختصره و إذا أوصى لبنى فلان و بنو فلان أولئك قبيلة أو فخذ يدخل مواليهم فى الوصية موالى الموالاة الذين أسلموا على أيديهم و والوهم و موالى العتاقة و حلفاؤهم و أعدادهم معهم و إن كان أوصى لبنى فلان و هم بنو أب و ليسوا بقبيلة و لا فخذ كانت الوصية لبنى فلان من

(١)إذا كانوا يحصون أما إذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة مبسوط سرخسى. (٢)مولى العتاقة أى العبد المعتق و قوله المولاة أى مولى الموالاة أى المولى الأسفل و هو من والى واحدا منهم لأن مولى القوم منهم تأمل شامية.

قال و من أوصى لولد فلان فالوصية بينهم و الذكر و الأنثى فيه سواء لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا و من أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفصيل كما فى الميراث و من أوصى لمواليه و له موال أعتقهم و موال أعتقوه

العرب خاصة دون الموالى و الحلفاء انتهى و الأعداد جمع عد (١) يقال فلان عديد بنى فلان أى يعد منهم. (قال) أى القدورىّ (و من أوصى) و فى بعض النسخ و إذا أوصى (لولد فلان فالوصية بينهم و الذكر و الأنثى فيه سواء لأن اسم (٢) الولد ينتظم (٣) الكل انتظاما واحدا) يعنى بطريق الحقيقة و قال الفقية أبو الليثّ فى كتاب نكت الوصايا و لو أوصى لولد فلان و ليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده و إذا كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية كلها له و ليس لولد الولد شىء و قال شمس الأئمة السرخسىّ فى شرح الكافى لو كان له ولد واحد ذكرا أو انثى فجميع الوصية له و ذكر الكرخىّ فى مختصره بخلاف ذلك فقال إذا قال وصيت بثلث مالى لولد فلان و له ولد لصلبه ذكور و إناث كان الثلث لهم بعد أن يكونوا اثنين فصاعدا و لم يكن لولد ولده شىء و إن كان لصلبه واحد و له ولد كان للذى لصلبه نصف الثلث ذكرا كان أو انثى و كان ما بقى لولد ولده من سفل منهم و من قرب بالسوية الذكر و الأنثى فيه سواء و هذا كله على قياس أبى حنيفة و زفر و أبى يوسف رحمهم الله تعالى (و من أوصى لورثة فلان فالوصية (٤) بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن) أى أعلم (ذلك بأن قصده التفصيل كما فى الميراث) و لا نعلم فيه خلافا (و من أوصى لمواليه و له موال أعتقهم و موال أعتقوه

---

(١)عد بالكسر و فى اللسان: قال ابن الأعرابىّ يقال هذا عداده (بالكسر) و عده (بالكسر) و ندة (بالكسر) و نديده و بده (بالكسر) و بديده و سيه (بالكسر) و زنه (بالكسر) و زنه (بالفتح) و حيده (بالفتح فالسكون) و حيده (بالكسر فالسكون) و عفره و غفره (بالفتح فالسكون فيهما) و دنه (بالفتح) أى مثله و قرنه (بالكسر) و الجمع الأعداد و الأبداد و العدائد النظراء واحدهم عديد اه. و فى الكفاية: العديد اسم من يأتى قبيلة فيعد نفسه منهم و هم عدوا ذلك له من غير حلف اه. (٢)لأن اسم الولد ينتظم الكل لأنه اسم لجنس المولود ذكرا أو أنثى واحدا أو أكثر شامية عن اختيار. (٣) ينتظم الكل حتى الحمل و لا يدخل ولد ابن مع ولد صلب فلو له بنات لصلبه و بنو ابن فهى للبنات عملا بالحقيقة فلو تعذرت صرف إلى المجاز تحرزا عن التعطيل و لا يدخل أولاد البنات و عن محمد رحمه الله تعالى يدخلون در مختار عن اختيار و هذا إذا كان فلان أبا خاصا فلو كان فخذا فأولاد الأولاد يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب عناية. (٤)فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لأن الاسم مشتق من الوراثة و هى بين أولاده و أخواته كذلك فكذا الوصية و لأن التنصيص على الاسم المشتق يدل على أن الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق فكانت هى العلة ألا ترى أن الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله تعالى و على الوارث مثل ذلك =>

فالوصية باطلة و قال الشافعي رحمه الله تعالى في بعض كتبه أن الوصية لهم جميعا و ذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا له أن الإسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة

فالوصية (١) باطلة) هذه من مسائل الجامع الكبير ذكرها تفريعا على مسألة القدوري (و قال الشافعي رحمه الله تعالى في بعض كتبه أن الوصية لهم جميعا) و به قال (٢) أحمد و زفر رحمهما الله تعالى (و ذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا) أى حتى (٣) يصطلحوا و قال في قول آخر الوصية للأعلى لأنه أقوى و قال أبو ثور رحمه الله تعالى الكل يدخلون في الوصية و لكن يقرع بينهما لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (أن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمي مولي فصار كالاخوة) أى فصار كما إذا أوصي لاخوة فلان و هم متفرقون لأب و

=> ترتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها زيلعي و ظاهره أن قوله للذكر مثل حظ الانثيين ليس عاما في جميع الورثة بل خاص بالأولاد و الإخوة و الأخوات و في غيرهم يقسم على قدر فروضهم و هو المذكور في الاسعاف و الخصاف في مسائل الأوقاف و الوصية أخت الوقف شامي اعلم أن شرط صحة الوصية لورثة فلان و ما في معناها كعقب فلان موت الموصى لورثته أو لعقبه قبل موت الموصى لأن الورثة و العقب إنما يكون بعد الموت ثم إن كان معهم موصى له آخر قسم بينهم و بينه على عدد الرؤوس ثم ما أصاب الورثة يقسم بينهم للذكر كالأنثيين فلو مات الموصى قبل موت الموصى لورثته أو عقبه بطلت الوصية لورثته أو عقبه ثم إن كان معهم موصى له آخر كقوله أوصيت لفلان و لورثته و عقبه كانت الوصية كلها لفلان الموصى له دون ورثته و عقبه لأن الاسم لا يتناولهم إلا بعد الموت و تمامه في السراج و فيه عقبه ولده من الذكور و الاناث فان ماتوا فولد ولده كذلك (من الذكور و الاناث) و لا يدخل أولاد الاناث لأنهم عقب آبائهم لا له در مختار بخلاف النسل فانهم يدخلون فيه و يستوون في قسمة الوقف و الوصية أبو السعود عن الخصاف و غيره شامية. (١)فالوصية باطلة. اعلم أن المسئلة تحتمل ثماني صور لأن الموصى إما أن يكون له موال أعلون و موال أسفلون أو مولى واحد فيهما أو موال في أحدهما و مولى واحد في الآخر و فيهما صورتان و في كل إما أن يعبر الموصى بصيغة الجمع أو الافراد و صريح المصنف فيما إذا تعددت الموالي في الجهتين و وقع التعبير بالموالي و ليحرر باقي الصور اه ط أقول صرحوا هنا بأن الجمع للاثنين فصاعدا فلو وجد اثنان (أي من جهة واحدة لا من جهتين) فلهما الكل أو واحد فله النصف و أقول الظاهر أن المولى اسم جنس كالولد فيعم الواحد و الأكثر و عند اجتماع الفريقين تبطل فقد ظهر المراد تأمل شامية (١)فالوصية باطلة إلا إذا عين الأعلى و الأسفل قبل موته فحينئذ تصح لزوال المانع در و هو عدم فهم المراد شامية. (٢)و به قال احمدً كذا في المغني ص٥٥٥ج٦. (٣)أى حتى يصطلحوا على أن الثلث بينهما فاذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية و كان الثلث بين الفريقين فان بطلان الوصية قبل الاصطلاح لمكان الجهالة إذ لا يدرى من المستحق للثلث فقد زالت الجهالة بالاصطلاح لأن بعضه يصل إلى المستحق و بعضه إلى غير المستحق برضاء المستحق فيصح الوصية و جوابه أن الايصاء ابتداء تمليك من المجهول فيلغو فلا يصير ملكا لأحد الفريقين فيبقى الملك على ملك الموصى و انتقل بموته إلى ورثته فلا يكون للموالي عليه سبيل و إن اصطلحوا لكنوية عن غاية.

و لنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة و الآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الأعلى و الأسفل لأنه مقام النفي و لا تنافي فيه

أم و لأب و لأم فالوصية لهم جميعا و لا يكون البعض أولى من البعض مبنى هذا الكلام على جواز عموم المشترك و عدم جوازه و الشافعي رحمه الله تعالى يجيزه فأجاز هذا و أصحابنا رحمهم الله تعالى ما جوزوه فكذلك هذا و المروى عن الشافعي رحمه الله تعالى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى و الأسفل متواطئا كالاخوة على بنى الأعيان و بنى العلات و بنى الأخياف و ليس بظاهر لأن معنى الاخوة فى الجميع واحد و هو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم و معنى المولى ليس كذلك فان معنى الأعلى منعم و معنى الأسفل منعم عليه فكان فى أحدهما بمعنى الفاعل و فى الآخر بمعنى المفعول و إليه أشار المصنفؒ بقوله (و لنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما) و هو المعتق بالكسر (يسمى مولى النعمة و الآخر منعم عليه) أى و يسمى الآخر و هو المعتق بالفتح منعم عليه (فصار) أى لفظ المولى (مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات) احترز به عن موضع النفى و هذا اختيار شمس الأئمةؒ و عامة أصحابنا رحمهم الله تعالى على أن لا عموم للمشترك لا فى النفى و لا فى الاثبات فالمصنفؒ (١) اختار ما اختاره شمس الأئمةؒ حيث قال فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات ثم أجاب عن مسألة الحلف بقوله (بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الأعلى و الأسفل لأنه مقام النفى) أى لأن قوله لا يكلم مقام النفى (و لا تنافى فيه) أى فى عموم النفى فى المختلفين أى نفى المختلفين فى محل واحد لا يستحيل و الاثبات يستحيل ألا ترى أن اجتماع الحنطة و الشعير فى معنى واحد يستحيل فى حالة واحدة و لا يستحيل انتفاؤهما و كذا فى اليوم الواحد يستحيل اجتماع صومين مختلفين و لا يستحيل انتفاؤهما فيصح أن يقال لا يوجد فيه صوم فرض و لا نفل و الجواب عن مسألة الحلف على ما ذهب إليه شمس الأئمةؒ و هو أن عموم المشترك لا يجوز فى موضع الاثبات أن ترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل لأن الحامل على اليمين بغضه (٢) و هو غير مختلف فيصير

---

(١)فالمصنفؒ اختار ما اختاره شمس الأئمةؒ. قال العبد الضيف و كذا اختاره المحقق ابن الهمامؒ فى التحرير شامية. (٢)بغضه أى بغض فلان و هو أى فلان أو بغضه غير مختلف أى لا اشتراك فيه إذ هو شىء واحد أقول سلمنا أن الحامل واحد لكن الكلام فى لفظ المولى و قد أريد كلا معنييه لاتحاد الحامل فلزم عمومه اللهم إلا أن يقال إتحاد الحامل قرينة على أنه من عموم المجاز بأن يراد به لفظ يعم المعنيين و هو من تعلق به العتق بوقوعه منه أو عليه فليتأمل شامية.

و يدخل فى هذه الوصية من أعتقه فى الصحة و المرض و لا يدخل مدبروه و أمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت و الوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الإسم قبله و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنهم يدخلون لأن سبب الإستحقاق لازم و يدخل فيه عبد قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه و لو كان له موال و أولاد موال و موالى موالاة يدخل فيها

بذلك المعنى كالشىء فإن قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل البيان و التوقف فى مثله لا يفيد فإن قيل الترجيح من جهة أخرى ممكن و هو أن تصرف الوصية إلى المولى الذى أعتقه لأن شكر المنعم واجب و أما فضل الانعام فى حق المنعم عليه فمندوب و الصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى بهذا المعنى أجيب بأنها معارضة من جهة أخر و هو أن العرف جار بوصية الثلث من المال للفقراء و الغالب فى المولى الأسفل الفقر و فى الأعلى الغنى و المعروف عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى بهذا المعنى (و يدخل فى هذه الوصية من أعتقه (١) فى الصحة و المرض) أى يدخل فيما إذا أوصى لمواليه العبد المعتق فى الصحة و المرض جميعا (و لا يدخل مدبروه و أمهات أولاده) فى هذه الوصية (لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت) أى بعد موت الموصى (و الوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الإسم قبله) أى من تحقق اسم المولى قبل الموت و لم يتحقق لأن اسم المولى لا يتم إلا بعد عتقهم و عتقهم بعد الموت (و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنهم يدخلون) أى أن المدبرين و أمهات الأولاد يدخلون فى هذه الوصية (لأن سبب الاستحقاق لازم) أى لأن سبب استحقاق الولاء و هو التدبير و الاستيلاد ثابت مستقر و هذه الرواية ذكرها الشيخ أبو المعين النسفىّ فى شرح الجامع (و يدخل فيه) أى فى الإيصاء لمواليه (عبد قال له مولاه إن لم أضربك فانت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه) صورته قال المولى لعبد له إن لم أضربك فانت حر فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته و دخل فى الوصية لأنه من مواليه لأنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء الحياة لتحقق عدم الضرب منه فى تلك الحالة و وقوع اليأس من حصوله فيصير مولى له ثم يتعقبه الموت ثم تنفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية و وجوبها (و لو كان له موال و أولاد موال و موالى موالاة يدخل فيها) أى فى

---

(١) من أعتقه أى الموصى سواء أعتقه قبل الوصية أو بعدها شامي.

معتقوه و أولادهم دون موالي الموالاة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنهم يدخلون أيضا و الكل شركاء لأن الإسم يتناولهم على السواء و محمد رحمه الله تعالى يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام و في الموالي عقد الإلتزام و الاعتاق لازم فكان الاسم له أحق و لا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه و أولادهم لأنهم ينسبون إليه باعتاق وجد منه و بخلاف ما إذا لم يكن له موال و لا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة و لو كان له معتق واحد و موالي الموالي

الوصية لمواليه (معتقوه و أولادهم) لأنهم مواليه حقيقة و لهذا لا يصح نفي ولاء أولاد الموالي عنه (دون موالي الموالاة) أي لا يدخل موالي الموالاة في هذه الوصية و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنهم) أي موالي الموالاة (يدخلون أيضا و الكل شركاء لأن الإسم يتناولهم على السواء) لأنه باشر سبب ولاء كل و حكى عن الكرخيّ أن الوصية باطلة لأن الأسم يتناول كل فريق بطريق الحقيقة فلا تصح لمكان الجهالة (و محمد رحمه الله تعالى يقول الجهة مختلفة) و بين اختلاف الجهة بقوله (في المعتق) بكسر التاء (الإنعام و في الموالي عقد الإلتزام) و هو ظاهر (و الإعتاق لازم) هذا جواب عمال يقال لما كانت الجهة مختلفة في المعتق و مولى الموالاة في أحدهما الإنعام و في الآخر عقد الإلتزام كان ينبغي أن يبطل الوصية فأجاب عنه بقوله و الإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ (فكان الاسم له أحق) و ولاء الموالاة يحتمل الفسخ فكان اسم المولى للمعتق أولى و أحق من مولى المولاة (و لا يدخل فيهم موالي الموالي) يعني في الوصية للموالي (لأنهم موالي غيره حقيقة) و ليسوا بموالي الموصي حقيقة لأن مولاهم حقيقة هو الذي باشر العتق و إنما أضيفوا إليه بطريق التسبيب مجازا لأنه باشر سبب ما هو سبب ولائهم و هو إعتاقه للموالي الأولين و لهذا يصح نفي الإسم عنهم بالاتفاق بأن يقال هؤلاء ليسوا بمواليه و إنما هم موالي مواليه و اللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز (بخلاف مواليه و أولادهم لأنهم ينسبون إليه) أي إلى المولى (باعتاق وجد منه) أي من المولى (و بخلاف ما إذا لم يكن له موال و لا أولاد الموالي) يعني إذا لم يكن للموصي موال أعتقهم و لا أولادهم تكون الوصية لموالي الموالي (لأن اللفظ لهم مجاز) يعني أن لفظ الموالي يتناول موالي الموالي مجازا (فيصرف إليه) أي فيصرف اللفظ إلى المجاز (عند تعذر اعتبار الحقيقة لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز صونا لكلام العاقل عن الإلغاء (و لو كان له معتق واحد و موالي الموالي)

فالنصف لمعتقه و الباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة و المجاز و لا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة و لا مجازا و إنما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء و الله أعلم بالصواب.

يعني فيما إذا أوصى لمواليه (فالنصف لمعتقه و الباقي للورثة لتعذر (١) الجمع بين الحقيقة و المجاز) لأن الحقيقة موجودة فينتفي المجاز و قال العتابي في شرح الجامع فان كان من مواليه أو من أولادهم اثنان استحقا جميع الثلث لأن الإثنين جمع في باب الوصية كما في الميراث و إن كان واحدا فله النصف أي نصف الثلث لأنه نصف أدنى الجمع و النصف الآخر يصرف إلى ورثة الموصي لا إلى موالي المولى لتعذر الجمع بين الحقيقة و المجاز فان لم يكن أحد من الموالي و لا من أولادهم فحينئذ يصرف إلى موالي الموالي (و لا يدخل فيه) أي فيما إذا أوصى لمواليه (موال أعتقهم) هكذا في النسخ و لكن الصواب أعتقهم ابنه أو أبوه كما ذكر في الإيضاح و الجامع الكبير للصدر حميد و الكافي و غيرها لأن التعليل الذي ذكره لا يطابق لما ذكره و إنما يصح فيمن أعتقهم أبوه أو ابنه ذكر في الإيضاح و لو كان له ابن و موال أعتقهم ابنه فأوصى بالثلث لمواليه لم يكن لموالي ابنه شيء (لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة و لا مجازا) فلم يدخلوا تحت اللفظ و في نسخة الأترازي بخطه و لا يدخل فيه موال قد أعتقهم ابنه (و إنما يحرز ميراثهم بالعصوبة) هذا جواب عما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن موالي أبيه تدخل إذا مات أبوه و ورث ولاءهم لأنهم مواليه حكما و لهذا يحرز ميراثهم و بيانه أن إحرازه الميراث ما كان لكونه مولى له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب و لا يورث و هو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة (بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء و الله أعلم بالصواب) قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى قيل الصواب المعتق و هكذا في المبسوط و الإيضاح يريد به إذا لم يكن الموالي و لا أولاد الموالي و قال السغناقي هكذا وقع في

---

(١) لتعذر الجمع بين الحقيقة و المجاز. قال قاضي زاده: لم لا يصار ههنا إلى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء في حق النصف و المصير إلى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة و المجاز و طريقه ههنا أن يحمل الموالي على من كان للموصي مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل اه و قال سعدي: لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقرينة صيغة الجمع و انحصار المعتق في الواحد و جوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت اه.

باب الوصية بالسكنى و الخدمة و الثمرة

قال و تجوز الوصية بخدمة عبده و سكنى داره سنين معلومة و تجوز بذلك أبدا

النسخ و ليس بصواب و الصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور فى الايضاح لأنه يثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى و بين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة و قال الأترازىؒ قوله بخلاف معتق البعض يرتبط بقوله و لا يدخل فيه موال قد أعتقهم ابنه يعنى أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالى لأنه مولاه حقيقة بخلاف موالى الابن لأنهم ليسوا مواليه أصلا و لكن ينبغى أن يكون هذا على مذهبهما لأن معتق البعض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب و المكاتب لا يدخل تحت الوصية للمولى فكذا معتق البعض فعن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب و قال بخلاف معتق المعتق يعنى أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالى إذا لم يكن الموالى و لا أولادهم لأن ولاء معتق المعتق ينسب إلى الموصى مجازا بخلاف معتق الابن فانه لا ينسب إليه لا حقيقة و لا مجازا انتهى و قال الأكملؒ وذكر بعض الشارحين أن النسخة فى قوله و لا يدخل موال أعتقهم باثبات لفظ ابنه و ههنا بخلاف معتق البعض و جعله مرتبطا بقوله و لا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه ثم ساق الأكملؒ كلام الأترازىؒ إلى آخر ما ذكرنا عنه لأنه أراد بقوله بعض الشارحين الأترازىؒ ثم قال الأكملؒ فى آخر كلامه و فيه تصحيح نسخة الكتاب فى الموضعين و إن كان فيه بعد من حيث الإيراد على مذهبهما خاصة انتهى قلت لا بعد فيه على ما لا يخفى.

(باب الوصية بالسكنى و الخدمة و الثمرة)

أى هذا باب فى بيان حكم الوصية بسكنى داره و بخدمة عبده و بثمرة بستانه و لما فرغ من بيان وصية الأعيان شرع فى بيان وصية المنافع التى هى الأعراض و أخرها عن الأعيان لأنها بعد الأعيان وجودا فاخرها عنها وضعا. (قال) أى القدورىؒ (و تجوز (١) الوصية بخدمة عبده و سكنى داره سنين (٢) معلومة و تجوز بذلك أبدا) أى و تجوز الوصية بخدمة عبده و سكنى داره للأبد أيضا

(١)تجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره أى لمعين قال المقدسىؒ و لو أوصى بغلة داره أو عبده فى المساكين جاز و بالسكنى و الخدمة لا يجوز إلا لمعلوم لأن الغلة عين مال يتصدق به و الخدمة و السكنى لا يتصدق بها بل تعار العين لأجلها و الاعارة لا تكون إلا لمعلوم و قيل ينبغى أن يجوز على قياس من يجيز الوقف و تمام الفرق فى البدائع اه شامى عن سائحانى. (٢)سنين معلومة الخ. و إن أطلق فعلى الأبد و إن أوصى بسنين فعلى ثلاث و كذا الوصية بغلة العبد و الدار اه شامى عن مسكين.

لأن المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل و غير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الأعيان و يكون محبوسا على ملكه فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف و تجوز مؤقتا و مؤبدا كما فى العارية فإنها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث لأنه خلافة

و اعلم أن الوصية بالمنفعة و كذا بالغلة تجوز مؤقتا و مؤبدا عند (١) أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى إلا عند ابن ابى ليلى رحمه الله تعالى فانه قال لا تصح لأن المنفعة معدومة و لا تصح الوصية بالمعدوم و لو وجد المنفعة و الغلة بعد موت الموصى يكون ملكا للوارث و اعتبار الوصية بعد الموت و لنا ما ذكره المصنفّ بقوله (لأن المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل) كما فى الإجارة (و غير بدل) كما فى الإعارة (فكذا بعد الممات لحاجته) و هى تلافى بعض ما فرط منه من القرب (كما فى الأعيان) أى كما يصح تمليك المنافع فى الحياة فى الأعيان نحو الإجارة و الإعارة (و يكون) أى العين (محبوسا على ملكه) أى ملك الموصى (فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه) أى على ملك الموصى (كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف) وجه التشبيه بينهما من حيث أن كلا منهما استيفاء المنافع الحادثة على حكم ملك الموصى و الواقف و قد عرفت أن الوقف حبس العين على ملك الواقف و التصدق بالمنفعة و كذلك هذه الوصية حبس العين على ملك الموصى و الوصية بالمنفعة إلا أن هذه إذا كانت موقتة تعود إلى ملك الورثة بعد انقضاء الوقت (و تجوز) أى الوصية بهذه الأشياء المذكورة حال كونه (مؤقتا) بأن عيّن وقتا من الأيام أو الأشهر أو السنين (و مؤبدا) أى و حال كونه مؤبدا (كما فى العارية) فإنها تجوز مؤقتة بوقت و تجوز بغير وقت (فانها) أى فان العارية (تمليك المنافع على أصلنا) احترز به عن أصل الشافعى رحمه الله تعالى فان أصلها عنده إباحة المنافع و هو قول الكرخىّ أيضا حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعاره و لو كان تمليكا لها لملك إجارتها و نحن نقول إنما لم يجز إجارتها لأنها أقوى و ألزم من الإعارة و الشىء لا يستتبع مثله فبالأحرى أن لا يستتبع الأقوى و إذا كانت الإعارة تمليك المنافع فيجوز للمستعير إعارتها لغيره و لو كانت إباحة لما جازت و قد مر مستوفى فى كتاب العارية (بخلاف الميراث) أراد بهذا أن الوصية تخالف الميراث حيث لا يجرى الميراث فى المنفعة و هى الخدمة دون الرقبة (لأنه) أى لأن الميراث أى الإرث (خلافة) و

(١) عند أكثر أهل العلم منهم مالك و الثورى و الشافعى و احمد و اسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى كما فى المغنى ص٤٧٧ ج٦.

فيما يتملكه المورث و ذلك في عين تبقى و المنفعة عرض لا يبقى و كذا الوصية بغلة العبد و الدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها و المعنى يشملهما. قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه (١) الورثة و إن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين و الموصى له يوما لأن حقه في الثلث و حقهم في الثلثين كما في الوصية في العين و لا تمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزأ فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين

تفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث (فيما يتملكه المورث) يعنى فيما كان ملكا له و هذا يتصور فيما يبقى وقتين و المنفعة لا تبقى وقتين و هو معنى قوله (و ذلك في عين تبقى و المنفعة عرض لا يبقى) بخلاف الوصية فانها إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الإجارة و الإعارة (و كذا) أى تجوز (الوصية بغلة (٢) العبد و الدار) كما تجوز الوصية بخدمة العبد و سكنى الدار (لأنه) أى لأن الغلة على تاويل المال (بدل المنفعة فأخذ حكمها) أى حكم المنفعة (و المعنى) و هو حاجة الموصى (يشملهما) أى يشمل جواز الوصية بغلة العبد و جوازها بخدمته و كذلك في الدار. (قال) أى القدوري (فان خرجت (٣) رقبة العبد من الثلث) يعنى إذا أوصى بخدمة العبد مؤبدا (يسلم إليه) أى يسلم العبد إلى الموصى له (ليخدمه لأن حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة) لأنه لا حق لهم في الثلث (و إن كان لا مال له) أى للموصى (غيره) أى غير العبد الموصى بخدمته (خدم (٤) الورثة يومين و الموصى له يوما) أى خدم الموصى له يوما (لأن حقه) أى حق الموصى له (في الثلث و حقهم) أى و حق الورثة (في الثلثين كما في الوصية في العين) أى كما أنهم يقسمون مع الموصى له بالثلث و الثلثين فيما إذا أوصى بثلث في عين و لا مال له غيره (و لا تمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزأ فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين) أى حق الموصى له و حق الورثة و

(١)لا يزاحمه.ن.لا تزاحمه. (٢)بغلة العبد الخ. و في المغرب: الغلة كل ما يحصل من ريع أرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك اه. (٣)فان خرجت رقبة العبد الخ. قيد بالرقبة لما في الكفاية عن الايضاح أنه ينظر إلى الأعيان التي أوصى بها فان كان رقابها مقدار الثلث جاز و لا تعتبر قيمة الخدمة و الثمرة و الغلة و السكنى و إنما اعتبر الأعيان دون المنافع لأن المقصود من الأعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت و بقي العين على ملك الوارث صار بمنزلة العين التي لا منفعة لها فلهذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بالرقبة اه.

(٤)خدم الورثة يومين و الموصى له يوما يعنى أبدا إلا ان كانت مؤقتة بسنة مثلا فلو السنة غير معينة فالى مضى ثلاث سنين و لو معينة فالى مضيها إن مات الموصى قبلها أو فيها ثم يسلم إلى الورثة لأن الموصى له استوفى حقه و إن مات الموصى بعدها بطلت الوصية شامية عن منح ملخصا و كل جواب عرفته فيما إذا أوصى له بخدمة عبده سنة فهو الجواب فيما إذا أوصى بغلة عبده سنة أو بسكنى داره سنة إما ان عين السنة أو لم يعين السنة إلى آخر ما ذكرنا في الخدمة هندية عن محيط.

بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للإنتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء و هو أعدل للتسوية بينهما زمانا و ذاتا و في المهايأة تقديم أحدهما زمانا و لو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لأن الحق لهم إلا أن الأول و هو الأعدل أولى و ليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر و تخرج الدار من الثلث و كذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده و البيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه. قال فإن كان مات الموصى له عاد إلي الورثة لأن الموصي أوجب الحق للموصى له

المهايأة المناوبة من حيث الزمان (بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء و هو) أي قسم عين الدار (أعدل للتسوية بينهما) أي بين الموصى له و بين الورثة (زمانا) أي من حيث الزمان لأن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفي صاحبه (و ذاتا) أي من حيث الذات و هو ظاهر (و في المهايأة تقديم أحدهما) على الآخر (زمانا) أي من حيث الزمان فلا يصار إليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء و لكن مع هذا لو تهايآ على القسمة من حيث الزمان جاز أيضا و إليه أشار بقوله (و لو اقتسموا الدار) أي لو اقتسم الورثة و الموصى له الدار (مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لأن الحق لهم إلا أن الأول و هو الأعدل أولى) لما ذكرنا أن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفي صاحبه (و ليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار) و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم) و به قال أحمد رحمه الله تعالى في المنصوص عنه (وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر و تخرج الدار من الثلث) و كان هو أحق بسكنى جميعها (و كذا له) أي للموصى له (حق المزاحمة) مع الورثة (فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده) أي في يد الموصى له (و البيع) أي بيع الورثة ما في أيديهم (يتضمن إبطال ذلك) أي حق المزاحمة (فمنعوا عنه) أي منع الورثة عن البيع. (قال) أي القدوري (فان كان مات الموصى له عاد (١) إلي الورثة لأن الموصي أوجب الحق للموصى له

(١) عاد أي الموصى به و هو خدمة العبد و غلته وسكنى الدار و غلتها إلى ورثة الموصى لا إلى ورثة الموصي له لكنوية عن غاية.

ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته و ذلك لا يجوز و لو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل و لو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود و الأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير و قد وجبت الوصية بها و هذا استيفاء المنافع و هما متغايران و متفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها و لا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها و ليس للموصى له بالخدمة و السكنى أن يؤاجر العبد أو الدار و قال الشافعي رحمه الله تعالى له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره

ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء) أي في الابتداء (من ملك الموصي من غير مرضاته و ذلك لا يجوز و لو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لأن إيجابها تعلق بالموت) أي لأن إيجاب الوصية تعلق بموت الموصي (على ما بيناه من قبل) أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار و بطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت (و لو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه) أي فاستخدم الموصي العبد بنفسه (أو سكنها) أي الدار (بنفسه قيل يجوز ذلك) قال الاسبيجابيّ لم يذكر هذا في ظاهر الرواية و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه فقال بعضهم يجوز ذلك و به قال أبو بكر الإسكافّ (لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) و هو الانتفاع بالعبد أو الدار (و الأصح (١) أنه لا يجوز) و به قال أبو بكر بن سعيدّ (لأن الغلة دراهم أو دنانير و قد وجبت الوصية بها) أي بالغلة (و هذا) أي الاستخدام بنفسه و السكنى بنفسه (استيفاء المنافع) من العبد و الدار (و هما) أي الغلة و المنافع (متغايران) و هو ظاهر (و متفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين) على الميت (يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه) أي من الموصى له (بعد استغلالها و لا يمكنهم) أي الإسترداد (من المنافع بعد استيفائها بعينها) أي بعين المنافع (و ليس للموصى له بالخدمة و السكنى أن يؤاجر العبد أو الدار و قال الشافعي رحمه الله تعالى له ذلك) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لأنه) أي لأن الموصى له (بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره

---

(١) و الأصح الخ. و عليه الفتوى در عن شرح الوهبانية.

بدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله و ليس بتمليك و لنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا و لا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل كذا هذا و تحقيقه أن التمليك ببدل لازم و بغير بدل غير لازم و لا يملك الأقوى بالأضعف و الأكثر بالأقل و الوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره و المتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو في وضعه فغير لازم و لأن المنفعة ليست بمال على أصلنا و في تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فإنما تثبت هذه الولاية

بيدل أو بغير بدل لأنها) أى لأن المنفعة (كالأعيان عنده) أى عند الشافعي رحمه الله تعالى و في العين يصح الاعتياض عنه سواء يملك العين ببدل أو بغير بدل فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة إذا تملكها (بخلاف العارية) حيث لا تجوز (لأنها) أى لأن العارية (إباحة على أصله) أى على أصل الشافعي رحمه الله تعالى (و ليس (١) بتمليك و لنا أن الوصية تمليك بغير مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالإعارة فإنها (٢) تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا) و لهذا تنعقد بلفظ التمليك حتى لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة (و لا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل كذا هذا و تحقيقه أن التمليك ببدل لازم و بغير بدل غير لازم و لا يملك الأقوى بالأضعف و الأكثر بالأقل و الوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع) هذا جواب عما يقال الوصية و إن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ فأجاب بقوله إلا أن الرجوع للمتبرع أى يكون للمتبرع (لا لغيره) أى لا يكون لغير المتبرع (و المتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو) أى الوصية على تأويل الإيصاء (في وضعه فغير لازم) و الاعتبار للموضوعات الأصلية (و لأن المنفعة ليست بمال على أصلنا و في تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها) أى في المنفعة (تحقيقا (٣) للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية) يعني ولاية

---

(١) و ليس بتمليك و لهذا لا يملك المستعير الاعارة عنده و لهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم و الوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم كفاية. (٢) فانها تمليك الخ. قد تقدم في باب العارية و في الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر و هو أن الشيء لا يتضمن ما فوقه عناية. (٣) تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة لأن الأجرة مال و قوبل بالمنافع فحدثت في المنافع صفة المالية تحقيقا للمساواة كفاية.

لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى و هذا لا يجوز و ليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له و أهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكّنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر و إذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم و لو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره

إحداث صفة المالية في المنفعة (لمن يملكها) أى لمن يملك المنفعة (تبعا لملك الرقبة) أى في ضمن ملكها (أو لمن يملكها) أى المنفعة (بعقد المعاوضة) كالإجارة فانه يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين و يملك منفعتها من غيره إذا كانت العين مما يختلف باختلاف المستعمل (حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها أما إذا تملكها) أى المنفعة (مقصودة بغير عوض) لا في ضمن شيء آخر (ثم ملكها بعوض) بالإجارة (كان مملكا أكثر مما تملكه معنى و هذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال لا يملك الأقوى بالأضعف و اعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته و لا بعقد المعاوضة و يجوز له أن يملكها ببدل و أجيب بأن كلام المصنف رحمه الله تعالى في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها و منفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه (و ليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة) يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلا فليس لزيد أن يخرج هذا العبد الموصى بخدمته من الكوفة إلى موضع آخر يستخدمه فيه (إلا أن يكون الموصى له و أهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك) و قال الشافعي و أحمد و أبو ثور رحمهم الله تعالى له إخراجه مطلقا (إذا كان يخرج من الثلث) احترز به عما إذا لم يخرج من الثلث فانه ليس له الاخراج إلى أهله إلا باجازة الورثة (لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا) أى فاذا كان الموصَى له و أهله (في مصره) أى في مصر الموصي (فمقصوده أن يمكّنه من خدمته فيه) أى في مصره (بدون أن يلزمه مشقة السفر و إذا (١) كانوا في غيره) أى في غير مصر الموصي (فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم) و هذا معلوم (٢) بدلالة الحال (و لو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره

---

(١) و إذا كانوا في غيره الخ. و في أبي السعود عن المقدسي فلو خرج بأهله من بلد الموصي و لم يعلم الموصي ليس له إخراج العبد اه شامي. (٢) و هذا معلوم بدلالة الحال و لو أنه شرط أن يخدمه عند أهله بالافصاح كان للموصى له أن يخرجه إلى أهله فكذا إذا علم عند أهله بالدلالة لأن الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح اه شلبية عن غاية.

يجوز أيضا لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف و أنه عين حقيقة لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى و لو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه و بين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فإنه يقول الموصى له شريك الوارث و للشريك ذلك فكذلك للموصى له إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة إذ هو المطالب و لا حق له في عين الدار و إنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار و لو أوصى له بخدمة عبده و لآخر برقبته و هو يخرج من الثلث

يجوز أيضا) أي كما يجوز أن يوصي بخدمة العبد و سكنى الدار و لا نعلم فيه خلافا (لأنه) أي لأن الغلة و تذكير الضمير بتاويل المال أو نظرا إلى الخبر (بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف و أنه) أي كيف لا يجوز و الحال أن الغلة على تأويل المال (عين حقيقة لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى) أي فكان الإيصاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة لأن الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية و لهذا لم يجز ذلك على قول ابن أبي ليلى فاذا جاز الايصاء بالخدمة جاز الايصاء بالغلة بالطريق الأولى لأنها عبارة عن مال عين و هو الدراهم أو الدنانير (و لو لم يكن له) أي للموصي (مال غيره) أي غير هذا العبد أو غير هذا الدار (كان له) أي للموصى له (ثلث غلة تلك السنة) يعني إذا لم تجز الورثة الوصية بغلة عبده أو بغلة داره (لأنه (١)) أي لأن الغلة على تاويل المال (عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه و بين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي (فانه) أي فان أبا يوسف رحمه الله تعالى (يقول الموصى له شريك الوارث و للشريك ذلك) أي طلب القسمة (فكذلك) يجوز (للموصى له) طلب القسمة (إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة إذ هو المطالب و لا حق له في عين الدار و إنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار و لو أوصى له بخدمة عبده و لآخر برقبته) أي أوصى لشخص آخر برقبة العبد (و هو يخرج من الثلث) الواو فيه

---

(١) لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء و كل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث و فيه إشارة إلى الفرق بينها و بين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهاياة عناية.

فالرقبة لصاحب الرقبة و الخدمة عليها لصاحب الخدمة لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا إذ أوصى بالرقبة لانسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت

للحال (فالرقبة لصاحب الرقبة و الخدمة عليها) أى على رقبة العبد (لصاحب الخدمة لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا (١) منه لأحدهما على الآخر) معناه أنه عطف قوله لآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) أى حالة العطف (بحالة الانفراد) أى بحالة انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما و قوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان و التفسير لما قبله من حالة الانفراد (فلو لم يوص فى الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراث للورثة مع كون الخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسان آخر) تكون الرقبة له و الخدمة للموصى له بها (إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص و برقبته لآخر إما أن يكون أدرك حد الخدمة أو لا فان كان الثانى فنفقته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة لأن بالانفاق عليه تنمو العين و ذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير و النفقة فى الكبير على من له الخدمة لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به و إن أبى الانفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير و فى المبسوط و الجامع للتمرتاشى نفقة العبد الموصى بخدمته و كسوته على صاحب الخدمة و به قال (١) الاصطخرىّ من أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى فى ظاهر مذهبهما على صاحب الرقبة و فى قول للشافعى رحمه الله تعالى تجب فى كسبه فان لم يف ففى بيت المال و إن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة و فى المحيط لو أبى صاحب الخدمة أن يفديه فداه صاحب الرقبة أو يدفعه و بطلت (٢)

---

(١)عطفا منه أى من محمد رحمه الله تعالى أو من الموصى و الأقرب عندى هو الثانى سعدى. (١)و به قال الاصطخرىّ الخ. كذا فى المغنى ص٤٧٩ ج٦. (٢)بطلت الوصية أى فى صورتى الفداء و الدفع شامية (تتمة) لم يبين ما إذا أوصى بالغلة و لا غلة فيها و بينه السرخسىّ فى المبسوط (ص٣ ج٢٨): فقال لو أوصى بغلة نخله أبدا لرجل و لآخر برقبتها و لم تدرك و لم تحمل فالنفقة فى سقيها و القيام عليها على صاحب الرقبة لأن بهذه النفقة ينمو ملكه و لا ينتفع صاحب الغلة بذلك فليس عليه شيء من هذه النفقة فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لأن منفعة =>

و لها نظائر و هو ما إذا أوصى بأمة لرجل و بما فى بطنها لآخر و هى تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم و لآخر بفصه أو قال هذه القوصرة لفلان و ما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى و لا شىء لصاحب الظرف فى المظروف فى هذه المسائل كلها أما إذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبى يوسف رحمه الله تعالى و على قول محمد رحمه الله تعالى الأمة للموصى له بها و الولد بينهما نصفان و كذلك فى أخواتها لأبى يوسف رحمه الله تعالى أن بايجابه فى الكلام الثانى تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد و هذا البيان

الوصية (و لها) أى و لهذه المسألة (نظائر) ذكرها المصنفّ واضحة (و هو ما إذا أوصى بأمة لرجل و بما فى بطنها) أى أوصى بما فى بطنها (لرجل) آخر (و هى) أى الأمة (تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم و لآخر بفصه أو قال هذه القوصرة) بالتشديد و التخفيف وعاء التمر يتخذ من القصب (لفلان و ما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى و لا شىء لصاحب الظرف فى المظروف فى هذه المسائل كلها) المظروف هو الولد و الفص و التمر هذا إذا كان أحد الإيجابين موصولا بالآخر (أما إذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها) أى فى هذه المسائل (فكذلك الجواب عند أبى يوسف رحمه الله تعالى) أى كان كما أوصى و لا شىء لصاحب الظرف فى المظروف (و على قول محمد رحمه الله تعالى الأمة للموصى له بها و الولد بينهما نصفان و كذلك فى أخواتها) و الصواب فى أختيها و هو الخاتم مع الفص و القوصرة مع التمر كذلك قاله الكاكىّ و قال الأترازىّ و كذلك فى أخواتها أى أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل و بما فى بطنها لرجل آخر و أراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص و مسألة القوصرة مع التمر و مسألة الشاة مع الصوف و مسألة الدار مع البناء و مسألة السيف و الحلية و البستان و الثمر الموجود مثل ذلك و الأرض و النخل مثل ذلك (لأبى يوسف رحمه الله تعالى أن بايجابه فى الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد و هذا البيان

=> ذلك ترجع إليه فان الثمرة بها تحصل فان حملت عاما ثم أحالت فلم تحمل شيئا فالنفقة على صاحب الغلة لأن منفعة ذلك لصاحب الغلة فان الأشجار التى من عادتها أن تحمل فى سنة و لا تحمل فى سنة يكون ثمارها فى السنة التى تحمل فيها أجود و أكبر منها إذا كانت تحمل كل عام و هو نظير نفقة الموصى بخدمته فانها على الموصى له بالخدمة بالليل و النهار جميعا و إن كان هو ينام بالليل و لا يخدم لأنه إذا استراح بالنوم ليلا كان أقوى على الخدمة بالنهار فان لم يفعل و أنفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل فانه يستوفى نفقته من ذلك لأنه كان محتاجا إلى الانفاق كيلا يتلف ملكه فلا يكون متبرعا و لكنه يستوفى النفقة من الثمار و ما يبقى من ذلك فهو لصاحب الغلة اهـ.

منه صحيح و إن كان مفصولا لأن الوصية لا تلزم شيئا فى حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه و الموصول سواء كما فى وصية الرقبة و الخدمة و لمحمد رحمه الله تعالى أن اسم الخاتم يتناول الحلقة و الفص و كذلك اسم الجارية يتناولها و ما فى بطنها و اسم القوصرة كذلك و من أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان و كل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين و لا يكون إيجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الأول كما إذا أوصى للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة و إنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص و الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص.

منه صحيح و إن كان مفصولا لأن الوصية لا تلزم شيئا فى حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه و الموصول سواء كما فى وصية الرقبة و الخدمة) فان هناك الموصول و المفصول سواء فى الحكم (و لمحمد رحمه الله تعالى) تأخير تعليل محمد رحمه الله تعالى و الجواب عما استدل به أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الكتاب و المبسوط دليل على أن المعول عليه قول محمد رحمه الله تعالى (أن اسم الخاتم يتناول الحلقة و الفص و كذلك اسم الجارية يتناولها و ما فى بطنها و اسم القوصرة كذلك) يعنى يطلق على التمر و الظرف جميعا (و من أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص) فى أنه يوجب الحكم فيما يتناوله على وجه القطع فاذا كان كذلك (فقد اجتمع فى الفص وصيتان و كل واحد منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين و لا يكون إيجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الأول كما إذا أوصى للثانى بالخاتم) لا يكون ذلك رجوعا عن الأول بل يكون الخاتم بينهما (بخلاف الخدمة مع الرقبة) بأن أوصى برقبة العبد لإنسان و بخدمته لآخر يكون ذلك كما أوصى و لا تكون الخدمة مشتركة بينهما (لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة و إنما يستخدمه الموصى له) بالرقبة (بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه) و لا حق للغير فيه (فاذا أوجب الخدمة لغيره) أى إذا أوصى بالخدمة لغيره (لا يبقى للموصى له فيه حق) أى فى الخدمة فكان الموصى له أخص بالخدمة (بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص و الاستثناء) و ذلك بيان تغيير فيصح بشرط الوصل (فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) فان قيل الذى أوصى له بالخاتم فقد أوصى له

قال و من أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات و فيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها و إن قال له ثمرة بستاني أبدا فله هذه الثمرة و ثمرته فيما يستقبل ما عاش و إن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة و غلته فيما يستقبل و الفرق أن الثمرة إسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم و المعدوم مذكور و إن لم يكن شيئا أما الغلة فتنتظم (١) الموجود و ما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه و من غلة أرضه

بالفص أيضا فلم لا يكون الفص بينهما أجيب بأن وصية صاحب الفص أقوى لأنه مقصود إليه و وصيته للآخر على وجه التبع فصار وصية صاحب الفص أولى لأن في الوصايا يعتبر الأقوى فالأقوى و لهذا كان العتق في المرض أقوى من سائر الوصايا. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات و فيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها) أي الثمرة الموجودة وقت الموت خاصة و إنما قيد بقوله و فيه ثمرة لأنه إذا لم يكن فيه ثمرة و المسألة (٢) بحالها فمسألة الثمرة كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له ذكره في المبسوط ثم سقى البستان و خراجه و ما فيه صلاحه على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع به كما في النفقة و الخلاف فيه كالخلاف في النفقة (و إن قال له ثمرة بستاني أبدا فله (٣) هذه الثمرة و ثمرته فيما يستقبل ما عاش و إن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة و غلته فيما يستقبل و الفرق) بين الغلة و الثمرة (أن الثمرة اسم للموجود عرفا) و في المبسوط الثمرة اسم للموجود حقيقة (فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم و المعدوم مذكور و إن لم يكن شيئا) يعني إذا نص على الأبد تدخل الثمار الموجودة باعتبار أنه مذكور لا باعتبار أن المعدوم شيء كما إذا أوصى بثلث ماله لزيد و لا مال له ثم اكتسب مالاً عند الموت يستحق ثلثه باعتبار أن المعدوم مذكور لا باعتبار أن المعدوم شيء و هذا نفي لقول المعتزلة و استدلالهم بهذه المسألة على أن المعدوم شيء (أما الغلة تنتظم الموجود و ما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا) أي من حيث العرف (يقال فلان يأكل من غلة بستانه و من غلة أرضه

---

(١) فتنتظم. ن. تنتظم. (٢) و المسألة بحالها يعني أوصى بثمرة بستانه بلا زيادة لفظ أبدا فمات و لكن لم يكن فيه ثمرة شامية. (٣) فله هذه الثمرة و ثمرته فيما يستقبل ما عاش لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة و لا يتناول المعدوم إلا مجازا فاذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز و إذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز و لا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة و المجاز زيلعي.

و داره فإذا أطلقت يتناولهما (١) عرفا غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد. قال و من أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد و ما في ضروعها من اللبن و ما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ و هذا بخلاف ما تقدم و الفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة و الغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة و الاجارة فاقتضى ذلك جوازه •

و داره فاذا أطلقت) أى الغلة (تتناولهما) أى الموجود و الحادث (عرفا غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الإنصراف إلى دليل زائد) كقوله أبدا أو ما عاش فانه إذا قال له ثمرة بستاني أبدا أو ما عاش علمنا أنه أراد به الموجود و الحادث جميعا فينصرف إليهما و إن لم يكن في البستان ثمرة وقت الموت فان في القياس لا شيء له و في الإستحسان لو لم يدخل فيه ثمرة البستان لغا كلام الموصى و لو دخل فيه صح كلامه و الكلام إذا احتمل الصحة و الفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن أوصى لولد فلان و ليس له ولد جاز منه الوصية لولد ولده فكذا (٢) هذا. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله) أى فللرجل الذى أوصى له (ما في بطونها من الولد و ما في ضروعها من اللبن و ما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ و هذا) أى الإيصاء بصوف الغنم على ظهورها و نحوه (بخلاف ما تقدم) من الوصية بثمرة البستان و الوصية بالغلة (و الفرق) بين هذا و بين ما تقدم (أن القياس يأبى تمليك المعدوم) من هذه الأشياء (لأنه) أى المعدوم (لا يقبل الملك) و الحادث فيها متولد من أصل مملوك للوارث (إلا أن في الثمرة) أى إلا أن في استحقاق الثمرة (و الغلة المعدومة) أى في استحقاق الغلة المعدومة (جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة و الإجارة) فيه لف و نشر مرتب (فاقتضى ذلك) أى ورود الشرع فيما ذكر (جوازه) أى جواز

---

(١)يتناولهما. ن. تتناولهما. (٢)فكذا هذا. (تنبيه) أوصى بغلة أرضه و لا شجر فيها و لا مال له غيرها تؤجر و يعطى صاحب الغلة ثلث الأجر و لو فيها شجر يعطى ثلث ما يخرج منه و لو اشترى الموصى له البستان من الورثة جاز و بطلت الوصية و لو تراضوا على شيء دفعوه إليه على أن يسلم الغلة جاز و كذا الصلح عن سكنى الدار و خدمة العبد جائز و إن لم يجز بيع هذه الحقوق طورى.

في الوصية بالطريق الأولى لأن بابها أوسع أما الولد المعدوم و أختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا و لا تستحق بعقد مّا فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا و بعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية و الله أعلم بالصواب.

باب وصية الذمى

قال و إذا صنع يهودى أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث

العقد (في الوصية بالطريق الأولى لأن بابها (١) أوسع) أى لأن باب الوصية أوسع من غيرها (أما الولد المعدوم و أختاه) أى اختا الولد المعدوم و هما الصوف المعدوم و اللبن المعدوم (فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا و لا تستحق بعقد مّا) أى لا يصح استحقاقها أصلا بعقد من القود (فكذلك لا يدخل تحت الوصية) أى لا يصح استحقاقها بعقد الوصية أيضا (بخلاف الموجود منها) أى من الأشياء المذكورة (لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا و بعقد الخلع) أى و يجوز استحقاقها بعقد الخلع (مقصودا) صورته قالت امرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح و له ما في بطنها و إن لم يكن في البطن شيء فلا شيء له و ما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن ما في البطن قد يكون له قيمة و قد لا يكون فلم يضره حتى لو قالت على حمل جاريتي و ليس في بطنها حمل ترد المهر كذا قال في الشامل (فكذا بالوصية) أى فكذا يجوز إستحقاقها بالوصية (و الله أعلم (٢) بالصواب).

(باب (٣) وصية الذمى)

أى هذا باب في بيان حكم وصية الذمى. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا صنع يهودى أو نصراني بيعة) لليهود (أو كنيسة) للنصارى و الأصح أن البيعة للنصارى و الكنيسة لليهود (في صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق بين أصحابنا رحمهم الله تعالى على

(١)لأن بابها أوسع. هذا لا يتمشى على قول الامام رحمه الله تعالى و إنما يتمشى على قولهما فان عقد المعاملة مشروع عندهما لا عنده و المسئلة هنا مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل اه طورى. (٢) و الله اعلم بالصواب. (زبدة الباب) قال الزيلعيّ مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود و المعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة و السكنى و الغلة و الثمرة إذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة عند موته و منها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع و الصوف على الظهر و الولد في البطن و منها ما يقع على المعدوم و الموجود إن ذكر الأبد و إلا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه و فيه ثمرة اه. (٣)باب وصية الذمى. لما ذكر وصية المسلم ذكر وصية الذمى بعده لأن الكفار ملحقون بالمسلين في أحكام المعاملات بطريق التبعية اه شلبى عن اتقانى.

لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الوقف عنده يورث و لا يلزم فكذا هذا و أما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما. قال و لو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف و معنى التمليك و له ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين.

قال و إن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند

اختلاف التخريج أشار إليه بقوله (لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الوقف عنده يورث و لا يلزم) إلا بحكم الحاكم لما عرف فى كتاب الوقف (فكذا هذا) يعنى الوقف إذا كان لمسلم يورث فكذا إذا كان لذمى لكن إذا لم يكن مسجدا فان كان مسجدا لا يورث و لا يقال البيعة فى حقهم كالمسجد فى حقنا و المسلم لو جعل داره مسجدا لا يورث فينبغي أن تكون البيعة كذلك لأنا نقول المسجد محرز عن حقوق العباد و صار لله تعالى خالصا فلا يورث و لا كذلك البيعة لأن البيعة عندهم للمنافع فانها تسكن فيها أساقفهم (١) و تدفن فيها موتاهم كذا فى جامع قاضى خان و غيره (و أما عندهما) أى عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما) أى فلا تصح الوصية بالمعصية عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هو قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى فاذا كان كذلك فيورث بالاتفاق بلا خلاف بين العلماء و الخلاف فى التخريج كما رأيته. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لو أوصى) أى الذمى (بذلك) أى بصنع بيعة أو كنيسة (لقوم مسمين) أى معلومين يحصى عددهم (فهو من الثلث) أى فهو جائز من الثلث يعنى باتفاق أئمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و فيه (٢) خلاف للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى قال المصنف رحمه الله تعالى (معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف و معنى التمليك و له) أى للذمى (ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) أى معنى الاستحقاق و معنى التمليك.

(قال) أى محمد رحمه الله تعالى (و إن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند

---

(١) أساقفهم. و فى القاموس: أسقف النصارى و سقفهم كأردن (بضم الأول و تشديد الآخر) و قطرب (بضم الأول و تخفيف الآخر) و قفل لرئيس لهم فى الدين أو الملك المتخاشع فى مشيته أو العالم أو هو فوق القسيس و دون المطران ج أساقفة و أساقف اهـ. و فى اللسان: الأسقف (بضم الأول و تشديد الآخر) رئيس النصارى فى الدين أعجمى تكلمت به العرب و لا نظير له إلا أسرب و فى التهذيب هو اسم سريانى اهـ ملخصا. (٢) و فيه خلاف للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى كما فى المغنى ص ٥٣٢ ج ٦.

أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا الوصية باطلة لأن هذه معصية حقيقة و إن كان في معتقدهم قربة و الوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن هذه قربة في معتقدهم و نحن أمرنا بأن نتركهم و ما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بين بناء البيعة و الكنيسة و بين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني و إنما يزول ملكه بأن يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين و الكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة

أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (الوصية باطلة) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن هذه معصية حقيقة و إن كان في معتقدهم قربة) كلمة إن وصلية و الوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها) أي تنفيذ هذه الوصية (من تقرير المعصية) و هو لا يجوز (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن هذه قربة في معتقدهم و نحن أمرنا بأن نتركهم و ما يدينون) و في بعض النسخ و ما يعتقدون (فتجوز بناء على اعتقادهم) ثم أوضح ذلك بقوله (ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه) الأصل في هذا أن الاعتبار لمعتقدهم فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر و إن كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذا إذا أوصوا بما هو في اعتقادهم عبادة صح و إن كان عندنا معصية لأنا أمرنا بتركهم و ما يدينون كما في الخمر و الخنزير حيث يجوز بيعهم فيما بينهم لأنهم يدينون جواز ذلك و هم يدينون جواز الإيصاء ببناء البيعة و الكنيسة فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم قالوا هذا الاختلاف فيما إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى (١) أما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الأمصار (ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بين بناء البيعة و الكنيسة و بين الوصية به) أي ببناء ذلك بأن الذمي إذا بنى ذلك ثم مات يورث و إذا أوصى ببناء ذلك ثم مات لا يورث (أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني و إنما يزول ملكه بأن يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين و الكنيسة لم تصر محرزة لله حقيقة) ألا ترى أن أساقفتهم و رهبانهم يسكنون فيها في الحجرات و يدفنون فيها موتاهم و المسجد أيضا إذا لم يكن خالصا لله تعالى يورث كما إذا جعل داره مسجدا و تحته سرداب و فوقه

.(١)في القرى و المراد بالقرى ما ليس فيه شيء من شعائر الاسلام و إلا فكالأمصار كذا في الكفاية و كذا في الشامية عن الدر المنتقى عن القهستاني و البرجندي.

فتبقى ملكا للباني فتورث عنه و لأنهم يبنون فيها الحجرات و يسكنونها فلم يتحرز لتعلق حق العباد به و في هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم و لا تكون قربة في حقنا و هو ما ذكرناه و ما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره و تطعم المشركين و هذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه و الوجه ما بيناه و منها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا و لا يكون قربة في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه (١) الوصية باطلة بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا لأنهم معلومون و الجهة مشورة

بيت و إذا كان الأمر كذلك (فتبقى) أي الكنيسة (ملكا للباني فتورث عنه) أي عن الباني (و لأنهم يبنون فيها) دليل آخر أي و لأن اليهود و النصارى يبنون في البيع و الكنائس (الحجرات) و هي جمع حجرة (و يسكنونها فلم يتحرز لتعلق حق العباد به و في هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية) متصل بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني (لأنه) أي لأن الوصية على تأويل الايصاء (لازالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه) أي مقتضى الوصية على تأويل الايصاء (في غير ما هو قربة عندهم فبقي) أي الوصية على تاويل الايصاء (فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل) في هذه (أن وصايا الذمي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم و لا تكون قربة في حقنا و هو ما ذكرناه) أراد به الوصية ببناء البيعة و الكنيسة (و ما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره و تطعم المشركين و هذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه) و هو قوله و إن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ (و الوجه ما بيناه) أي من الجانبين و هو أن المعتبر عنده اعتقادهم و عندهما أنها وصية بمعصية (و منها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا و لا يكون قربة في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين و هذه الوصية باطلة بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم إلا إذا كان لقوم بأعيانهم) فإنها تصح (لوقوعه تمليكا لأنهم معلومون و الجهة مشورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به إلى

---

(١) فهذه. ن. و هذه

و منها إذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا و فى حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس أو يغزى الترك و هو من الروم و هذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قربة حقيقة و فى معتقدهم أيضا و منها إذا أوصى بما لا يكون قربة لا فى حقنا و لا فى حقهم كما إذا أوصى للمغنيات و النائحات فإن هذا غير جائز لأنه معصية فى حقنا و فى حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا و استخلافا و صاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلم (١) لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر و إن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته بين أبى حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى و في المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة

استضاءة المسجد و غيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام قال قاضى خان رحمه الله تعالى و لو أوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء مسجد أو بالاسراج فيه فان سمى لقوم بأعيانهم صحت و يكون تمليكا منهم و تبطل الجهة التى عينها إن شاءوا فعلوا ذلك و إن شاءوا تركوا و إن كانوا لا يحصون لا تصح الوصية لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكا و إنها ليست بقربة فى اعتقادهم حتى يكون تمليكا من الله تعالى فى إعتقادهم فلا تصح (و منها إذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا و فى حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس أو يغزى الترك و هو) أى الذى أوصى (من الروم و هذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قربة حقيقة و فى معتقدهم أيضا) لأن الديانة من الكل متفقة على ذلك لأن هذا يتقرب به المسلمون و أهل الذمة جميعا (و منها إذا أوصى بما لا يكون قربة لا فى حقنا و لا فى حقهم كما إذا أوصى للمغنيات و النائحات فان هذا غير جائز لأنه معصية فى حقنا و فى حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا و استخلافا و صاحب (٢) الهوى إن كان (٣) لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلمين لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر و إن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف (٤) فى تصرفاته بين أبى حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى) و هو أن ملكه يزول عنده خلافا لهما (و في المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة) و

---

(١)المسلم. ن. المسلمين. (٢)صاحب الهوى. قال السيد الجرجانيّ فى تعريفاته: أهل الأهواء أهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد أهل السنة و هم الجبرية و القدرية و الروافض و الخوارج و المعطلة و المشبهة و كل منهم اثنتا عشرة فرقة فصاروا اثنتين و سبعين اه. (٣)إن كان لا يكفر أى به فحذف الجار لظهوره شامى عن ط.
(٤)على الخلاف المعروف فى تصرفاته يعنى أنها جائزة عندهما موقوفه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته و إلا فلا عناية.

بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم. قال و إذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة و لهذا تنفذ (١) باجازتهم و ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا و لأن حرمة ماله باعتبار الأمان و الأمان كان لحقه لا لحق ورثته و لو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية و يرد الباقي على ورثته و ذلك من حق المستأمن أيضا و لو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في

لا تقتل فصارت كالذمية في صحة الوصية (بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم) و ذكر المصنفّ في زياداته على خلاف هذا و قال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية و هو الصحيح حتى لا يصح منها وصية و الفرق بينها و بين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها و أما المرتدة فلا تقر على اعتقادها لأنها تجبر على الاسلام بالحبس و لا منافاة (٢) بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح و ههنا الأصح و هما (٣) يصدقان. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة و لهذا ينفذ باجازتهم و ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات) أي حكمهم كحكم الأموات (في حقنا و لأن حرمة ماله باعتبار الأمان و الأمان كان لحقه لا لحق ورثته و لو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية و يرد الباقي على ورثته) الذين في دار الحرب و إن كانت (٤) ورثته معه حين دخل بالأمان و أوصى بماله كله يتوقف على إجازتهم و إليه أشار في الكتاب بقوله و ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إلخ (و ذلك من حق المستأمن أيضا) هذا جواب عما يرد على قوله و يرد الباقي على ورثته و هو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي و وجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا مراعاة لحق المستأمن لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته و الزيادة على مقدار ما أوصي به فارغ عن ذلك (و لو أعتق) أي الحربي المستأمن (عبده عند الموت أو دبر عبده في

---

(١) تنفذ. ن. ينفذ. (٢) و لا منافاة بين كلاميه الخ. كذا قاله الأكملّ و فيه بحث فانهم إذا قالوا هو الصحيح فهو في مقابلة الخطأ بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالأصحية بالالتزام سعدي لكن ما قاله أي الأكملّ هو الغالب رافعي. (٣) و هما يصدقان أي كون أحدهما أصح لا ينافي كون الآخر صحيحا و رجح الزيلعيّ الأول اه شامي.
(٤) و إن كانت ورثته معه الخ. عبر الزيلعيّ و غيره عن هذا بقيل فأفاد ضعفه لكن جزم بما ذكره الشارح في الوقاية و الاصلاح و الملتقى و أشار إليه في الهداية و الجامع الصغير فيفيد ذلك أنه المعتمد لأن المتون مقدمة على الشروح و به جزم الاتقانيّ مستندا إلى ما في شرح السرخسيّ لأن حق وارثه هنا معتبر بسبب الامان و لو كان له وارث آخر ثمة شارك الحاضر و لم يكن للموصى له إلا الثلث اه شامية.

دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا و كذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لأنه ما دام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى و لهذا تصح عقود التمليكات منه فى حال حياته و يصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته و عن أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع و يمكّن منه و لا يمكّن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية و لو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات و لو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث إذ الكفر كله ملة واحدة و لو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لأن الارث ممتنع لتباين الدارين و الوصية أخته و الله أعلم بالصواب.

دار الإسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا) إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلى آخره (و كذا لو أوصى له) أى و كذا الحكم لو أوصى للحربى الذى دخل بأمان (مسلم أو ذمى بوصية جاز لأنه) أى الحربى المستأمن (ما دام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى و لهذا) أى و لأجل ذلك (تصح عقود التمليكات منه) أى من الحربى المستأمن (فى حال حياته و يصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته و عن أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى أنه) أى الايصاء من المسلم أو الذمى للحربى المستأمن (لا يجوز لأنه) أى الحربى المستأمن (مستأمن من أهل الحرب) يعنى حكما (إذ هو على قصد الرجوع و يمكّن منه) أى من الرجوع (و لا يمكّن من زيادة المقام) أى الإقامة (على السنة إلا بالجزية و لو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته) أو أوصى لبعض ورثته بوصية (لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لأنهم) أى أهل الذمة (التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات و لو أوصى لخلاف ملته) بأن أوصى نصرانى ليهودى أو بالعكس (جاز اعتبارا بالإرث إذ الكفر كله ملة واحدة و لو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز) أى و لو أوصى الذمى فى دار الاسلام لحربى موجود فى دار الحرب لا يجوز فقول المصنفؒ فى دار الاسلام ظرف لقوله أوصى لا لقوله لحربى لأن الذمى يجوز وصيته لمستأمن فى دار الاسلام و علل المصنفؒ لعدم الجواز بقوله (لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين و الوصية أخته) أى أخت الإرث و عند مالك و أحمد و أكثر أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى يجوز (و الله أعلم).

باب الوصي و ما يملكه

قال و من أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي و ردها في غير وجهه فليس برد لأن الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده

(باب الوصي و ما يملكه)

أي هذا باب في بيان أحكام الوصي و في بيان حكم ما يملكه الوصي و الوصي هو الموصى إليه و لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه و قدم أحكام الموصى له لكثرتها و كثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس. (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أوصى (١) إلى رجل فقبل (٢) الوصي في وجه الموصي و ردها) أي الوصية (في غير وجهه) أي بغير علم الموصي (فليس برد) يعني لا يعتبر برده (لأن الميت مضى لسبيله) أي لأن الموصي مات حال كونه (معتمدا عليه) أي على الوصي الذي قبل في وجه الميت (فلو صح رده) أي رد الوصي (في غير وجهه) أي وجه الموصي (في حياته أو بعد مماته صار) أي الموصي (مغرورا من جهته) أي من جهة الوصي (فرد (٣) رده) أي رد الوصي بغير علم الموصي و بعد مماته

---

(١) و من أوصى إلى رجل أي جعله وصيا در مختار قوله أوصى إلى رجل ضمنه معنى فوض فعداه بالي و يصح هذا التفويض بكل لفظ يدل عليه ففي الخانية أنت وكيلي بعد موتي يكون وصيا أنت وصيي في حياتي يكون وكيلا لأن كلا منهما إقامة للغير مقام نفسه فينعقد كل منهما بعبارة الآخر اه و في الخانية و الخلاصة و غيرهما أنت وصيي أو أنت وصيي في مالي أو سلمت إليك الأولاد بعد موتي أو تعهد أولادي بعد موتي أو قم بلوازمهم بعد موتي أو ما جرى مجرى هذه الألفاظ يكون وصيا و في الولوالجية افعلوا كذا بعد موتي فالكل أوصياء و لو سكتوا حتى مات فقبل منهم اثنان أو أكثر فهم أوصياء و لو قبل واحد لم يتصرف حتى يقيم القاضي معه غيره أو يطلق له التصرف لأنه صار كأنه أوصى إلى رجلين فلا ينفرد أحدهما و في الدر المنتقى عن الذخيرة و لو جعل رجلا وصيا في نوع صار وصيا في الأنواع كلها اه ط شامي. (٢)فقبل الوصي الخ. و اعلم أنه لا ينبغي للوصي أن يقبلها لأنها على خطر و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الدخول فيها أول مرة غلط و الثانية خيانة و الثالثة سرقة و عن الحسن رحمه الله تعالى لا يقدر الوصي أن يعدل و لو كان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه و قال أبو مطيع رحمه الله تعالى ما رأيت في مدة قضائي عشرين سنة من يعدل في مال ابن أخيه قهستاني و لبعضهم:

احذر من الواوات أر بعة فهن من الحتوف
واو الوكالة و الولا ية و الوصاية و الوقوف

اه شامية و عن الشافعي رحمه الله تعالى لا يدخل في الوصية إلا أحمق أو لص خانية. (٣)فرد رده و طولب بالفرق بين الموصى له و الموصى إليه في أن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني أجيب بأن نفع الأول بالوصية لنفسه و نفع الثاني للموصي فكان في رده بغير =>

بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه فإن ردها في وجهه فهو رد لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف و لا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره و إن لم يقبل و لم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل لأن الموصي لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام

و قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى له رده بغير علمه و بعد موته و عن أحمد رحمه الله تعالى رواية في الرد بعد موته مثل قولنا (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه) قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضا بغير علم الموكل كما في الوصي لأنه يؤدى إلى تغرير الموكل و في النهاية هذا الذى ذكره صاحب الهداية رحمه الله تعالى مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة و التتمة و أدب القاضي للصدر الشهيد و جامع المحبوبي و فتاوى قاضيخان حيث ذكر فيها أن الوكيل لو عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة و قال الأترازي إذا وكله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بمحضر من موكله على قول بعض المشايخ و إليه أشار صاحب الهداية رحمه الله تعالى في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله و لا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل أى لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذى قاله صاحب الهداية رحمه الله تعالى مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة و الذخيرة و غيرهما ليس بشيء لأن المراد بما ذكر في التتمة و غيرها من قولهم الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه فوافقت الروايات جميعها و لم تختلف و نقل الأكمل ما قال صاحب النهاية ثم نقل كلام الأترازي بقوله قال بعض الشارحين و سكت عليه لرضائه به (فإن ردها في وجهه فهو رد) هذا من كلام القدوري رحمه الله تعالى أى فان رد الوصي الوصية في وجه الموصي فهو رد (لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف و لا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره و إن لم يقبل و لم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل لأن الموصي ليس له ولاية الالزام

=> علمه إضرار به فلا يجوز عناية (تنبيه) وصي القاضي إذا عزل نفسه ينبغي أن يشترط علم القاضي بعزله كما يشترط علم الموكل في عزل الوكيل نفسه و علم السلطان في عزل القاضي نفسه شامية عن بزازية. (١)قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا في المغني ص٥٧٤ ج٦.

فبقي مخيرا فلو أنه باع شيئا من تركته فقد لزمته لأن ذلك دلالة الالتزام و القبول و هو معتبر بعد الموت و ينفذ البيع لصدوره من الوصي و سواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافة لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية إليه و إذا كانت خلافة لا تتوقف (١) على العلم كالوراثة أما التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع و الشراء و قد بينا طريق العلم

فبقي (٢) مخيرا) بين القبول و الرد (فلو أنه) أي الوصي (باع شيئا من تركته) أي من تركة الميت الذي أوصى إليه و هو لم يقبل و لم يرد (فقد لزمته) أي فقد لزمت الوصاية الوصي (لأن ذلك) أي بيع الوصي شيئا من التركة (دلالة الالتزام) أي التزام الوصاية (و القبول) لأن القبول تارة يكون بالدلالة و تارة يكون بالافصاح فلما أنه باع شيئا من تركته كان ذلك قبولا منه بطريق الدلالة و كذا لو اشترى شيئا للميت من بعض ما يحتاج إليه أو قبض مالاً أو قضاه (و هو معتبر بعد الموت) يعني القبول يجوز أن يكون دلالة فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد موت الموصي (و ينفذ البيع لصدوره من الوصي و سواء علم بالوصاية أو لم يعلم) و هذه رواية الزيادات و بعض روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بين الوصاية و الوكالة أشار إلى الفرق بقوله (بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ) أي بيعه (لأن الوصاية خلافة لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية إليه) يعني أن الموصى له خليفة للموصي و الخلافة كالإرث فلا تتوقف على العلم كالإرث فتثبت بلا علم و هو معنى قوله (و إذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة) فانه لا يتوقف استحقاق الوارث الارث على علمه بل يثبت بلا علمه (أما التوكيل) فهو (إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه بأنه وكيل (كإثبات الملك بالبيع و الشراء) قبل القبول فان باع شيئا و قال بعت هذا من فلان و لم يعلم فلان و كذا لو وهب من فلان و لم يعلم فلان يتوقف نفاذ العقود على القبول كذا هذا و على رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضا اعتبارا بالوصاية لأن كلا منهما إثبات الولاية و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز بيع الوصي أيضا قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة لأن كلا منهما نيابة لكن الوكالة قبل الموت و تلك بعد الموت (و قد بينا طريق العلم) يعني في فصل القضاء بالمواريث يعني أن العلم بالوكالة يثبت بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا

---

(١) لا تتوقف. ن. لا يتوقف. (٢) فبقي مخيرا. قيل كان يجب أن لا يكون مخيرا لأنه لما بلغه الايصاء و لم يرده =>

و شرط الاخبار فيما تقدم من الكتب و إن لم يقبل حتي مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لأن فى إبطاله ضررا بالميت و ضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب و دفع الأول و هو أعلى أولى إلا أن القاضى إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه إذ للقاضى ولاية دفع الضرر و ربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع

كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيا كان أو بالغا و كذلك العزل عندهما بخبر الواحد مطلقا و عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يشترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر الاثنين أو بخبر الواحد العدل (و شرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) و من تلك الكتب ما ذكره المصنف في كتاب أدب القاضى فى فصل القضاء بالمواريث بقوله و من أعلمه من الناس بالوكالة إلى آخره (و إن لم يقبل) أى الرجل الوصية (حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك) يعنى يجوز قبوله (إن لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء لأن فى إبطاله ضررا بالميت) لأنه مات معتمدا عليه (و ضرر الوصى فى الإبقاء مجبور بالثواب) هذا جواب عما يقال كما يلزم الضرر بالميت فى بطلان الايصاء بقوله لا أقبل يلزم الضرر أيضا بالوصى فى بقاء الايصاء و لزومه لأنه يعجز عن القيام بذلك فلم تحملتم ضرر الوصى دون ضرر الميت حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا أقبل فأجاب بقوله و ضرر الوصى مجبور بالثواب بيانه لما لم يمكن دفع الضررين جميعا لا بد من أن يتحمل أدنى الضررين لدفع الضرر الأعلى و الأعلى هنا ضرر الميت لأن ضرره ليس بمجبور بشيء و ضرر الوصى مجبور بالثواب (و دفع الأول) أى أول الضررين و هو ضرر الميت (و هو أعلى) أى و الحال أن ضرر الميت أعلى الضررين (أولى) من دفع ضرر الوصى (إلا أن القاضى إذا أخرجه عن الوصاية) هذا استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعنى يجوز قبوله إلا إذا أخرجه القاضى عن الوصاية حين قال لا أقبل (يصح ذلك) أى إخراجه عن الوصاية (لأنه) أى لأن قضاء القاضى (مجتهد فيه) لأن عند زفر رحمه الله تعالى يرد بمجرد قوله لا أقبل فيصح (١) قضاء القاضى لوقوعه فى المجتهد فيه فلما صح القضاء بطلت الوصية فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح (إذ للقاضى ولاية دفع الضرر) عن الناس (و ربما يعجز) أى الوصى (عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع

=> اعتمد عليه الموصى و لم يوص إلى غيره و فى ذلك ضرر به و الضرر مدفوع أجيب بأن الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد و القبول فلا يبطل الاختيار عناية و كفاية. (١)فيصح قضاء القاضى الخ. أقول و هذا فى غير قضاة زماننا شامية.

القاضي الضرر عنه و ينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ إخراجه فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي. قال و من أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصاية و نصب غيرهم و هذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية لأن الاخراج يكون بعدها و ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل أن الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل و قيل معناه (١) في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته و استبداده

القاضي الضرر عنه) أي عن الوصي (و ينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين) أي من جانب الميت و جانب الوصي الذي أخرجه القاضي (فلهذا) أي فلأجل وقوع قضاء القاضي في مجتهد فيه (ينفذ إخراجه) أي إخراج القاضي إياه و كان المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من علل بما ذكره المصنفؒ و هو الذي ذهب إليه شمس الأئمة السرخسيؒ و اختاره المصنفؒ و منهم من قال إنما صح إخراجه لأن الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرجه و يصح الاخراج فههنا أولى و إليه ذهب شمس الأئمة الحلوانيؒ (فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي) و بعد البطلان لا يبقى شيء. (قال) أي القدوريؒ (و من أوصى إلى عبد (٢) أو كافر (٣) أو فاسق أخرجهم (٤) القاضي عن الوصية و نصب (٥) غيرهم) إلى هنا كلام القدوريؒ و قال المصنفؒ (و هذا اللفظ) أي لفظ القدوريؒ (يشير إلى صحة الوصية لأن الاخراج يكون بعدها) لأن الوصية إذا كانت باطلة فمن أين يتحقق إخراجهم عن الوصية (و ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل) أي المبسوط (أن الوصية باطلة) و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في أنه باطل أصلا أو معناه سيبطل و إليه أشار المصنفؒ بقوله (قيل معناه) أي معنى قول محمد رحمه الله تعالى إن الوصية باطلة (في جميع هذه الصور) و هي الوصية إلى العبد و الفاسق و الكافر (أن الوصية ستبطل) و إليه ذهب القدوري و فخر الاسلام البزدوي و عامة المشايخ رحمهم الله تعالى (و قيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم (٦) ولايته و استبداده) أي و لعدم (٧) استبداده في الأمور و إليه

(١)معناه في العبد. ن. في العبد معناه. (٢)إلى عبد أي عبد غيره كفاية. (٣)كافر ذمي أو مستأمن أو حربي عناية أو مرتد شامية. (٤)أخرجهم القاضي أي وجوبا شامي عن قهستاني فلو تصرفوا قبل الاخراج جاز در عن سراجية. (٥)نصب غيرهم و هو حر مسلم صالح شامي عن قهستاني. (٦)لعدم ولايته إشارة إلى ما قبل الاجازة و قوله و استبداده إلى ما بعدها عناية. (٧)و لعدم استبداده بنفسه لأن منافعه لمولاه فالظاهر أنه يمنعه من التبرع بها على غيره و كذلك بعد إجازة المولى لا تصح وصايته أيضا لأن هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم كفاية.

و فى غيره معناه ستبطل و قيل فى الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم و وجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة و ولاية الفاسق على أصلنا و ولاية الكافر فى الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى و تمكنه من الحجر بعدها و المعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر فى حق المسلم و اتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضى من الوصاية و يقيم غيره مقامه إتماما للنظر و شرط فى الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال و هذا يصلح عذرا في

ذهب شمس الأئمة السرخسىّ (و فى غيره) أى و فى غير العبد (معناه ستبطل) و غير العبد الكافر و الفاسق (و قيل فى الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم) لقوله تعالى ﴿و لن (١) يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ (و وجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة و ولاية الفاسق على أصلنا) حتى ينعقد النكاح بحضوره (و ولاية الكافر فى الجملة) ألا ترى أن محمدا رحمه الله تعالى ذكر فى كتاب القسمة أن الكافر لو قاسم شيئا قبل أن يخرجه القاضى جاز ذلك فثبت أن الايصاء إليه صحيح و ذلك لأن الكافر يجوز أن يتصرف بالوكالة فجاز أن يتصرف بالوصاية أيضا و لو اشترى الكافر عبدا مسلما جاز شراؤه و لكنه يؤمر بالبيع و قال مالك رحمه الله تعالى و الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه و أحمد رحمه الله تعالى فى رواية كقولنا (إلا أنه) أى غير أنه (لم يتم النظر) فى إسناد الوصاية إلى هؤلاء و بين كل واحد بقوله (لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى و تمكنه من الحجر بعدها) أى بعد الإجازة و عند (٢) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى تجوز الوصية إلى العبد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره و سيجىء مزيد الكلام فيه (و المعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر فى حق المسلم و اتهام الفاسق بالخيانة) فإذا لم يتم النظر فى إسناد الوصية إلى هؤلاء (فيخرجه (٣) القاضى) أى يخرج القاضى كل واحد من هؤلاء يعنى العبد و الكافر و الفاسق (من الوصاية و يقيم غيره مقامه إتماما للنظر) فى حق الميت (و شرط فى الأصل) أى شرط محمد رحمه الله تعالى فى المبسوط (أن يكون الفاسق مخوفا (٤) عليه فى المال و هذا) أى كون الفاسق بحيث يخاف عليه فى المال لخيانته (يصلح عذرا فى

---

(١) و لن يجعل الله الآية. النساء: ١٤١. (٢) عند مالك و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص ٥٧٠ ج٦. (٣) فيخرجه القاضى الخ. و لو عتق العبد و أسلم الكافر أو المرتد و تاب الفاسق مجتبى لم يخرجهم القاضى عن الوصاية لزوال الموجب للعزل إلا أن يكون غير أمين اختيار در مختار ملخصا. (٤) مخوفا عليه فى المال لأنه قد يفسق فى الأفعال و يكون أمينا فى المال رافعى عن أبى السعود عن مجتبى.

إخراجه و تبديله بغيره. قال و من أوصى إلى عبد نفسه و في الورثة كبار لم تصح الوصية لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته و إن كانوا صغارا كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لا تجوز عندهما و هو القياس و قيل قول محمد رحمه الله تعالى مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى و تارة مع أبي يوسف رحمه الله تعالى وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها و لأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك و هذا قلب المشروع و لأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ و في اعتبار هذه تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته

إخراجه) أى في إخراج الفاسق عن الوصاية (و تبديله بغيره) ممن يكون موصوفا بالامانة و عند (١) الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية لا تصح الوصاية إلى الفاسق لأنه ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل الولاية كالمجنون و قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية يصح و لكن يضم إليه أمين. (قال) أى القدوريّ (و من أوصى إلى عبد نفسه و في الورثة كبار لم تصح الوصية لأن للكبير أن يمنعه) أى لأن للوارث الكبير أن يمنع العبد لأنه يلي عليه (أو يبيع) أى الوارث الكبير (نصيبه) من العبد (فيمنعه المشترى) أى فيمنع المشترى العبد الذى اشتراه (فيعجز) أى العبد (عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته) أى فلا يحصل فائدة الايصاء (و إن كانوا) أى و إن كان الورثة (صغارا كلهم فالوصية إليه) أى إلى العبد (جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لا تجوز عندهما) أى عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و به قال (٢) الشافعي و أبو ثور رحمهما الله تعالى و عند مالك و أحمد رحمهما الله تعالى تجوز سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره و قال ابراهيم النخعي و الأوزاعي و ابن شبرمة رحمهم الله تعالى تصح إلى عبد نفسه و لا تصح إلى عبد غيره (و هو القياس) أى قولهما هو القياس (و قيل قول محمد رحمه الله تعالى مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى و تارة مع أبي يوسف رحمه الله تعالى وجه القياس أن الولاية منعدمة) في عبد نفسه (لما أن الرق ينافيها) أى ينافي الولاية (و لأن فيه) أى في جواز الإيصاء إلى العبد (إثبات الولاية للمملوك على المالك و هذا قلب المشروع) لأن المشروع ولاية المالك على المملوك (و لأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ و في اعتبار هذه) أى هذه الوصية و هي الوصيّة إلى عبد نفسه و الورثة صغار (تجزئتها) أى تجزئة الولاية (لأنه لا يملك بيع رقبته) أى لأن العبد لا يملك بيع التركات و لا يملك بيع نفسه و لا يكون وصيا فيه

---

(١) و عند الشافعيّ الخ. كذا في المغني ص ٥٧١ ج٦. (٢) و به قال الشافعيّ الخ. كذا في المغني ص ٥٧٠ ج٦.

و هذا نقض الموضوع و له أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية و ليس لأحد عليه ولاية فإن الصغار و إن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة و ايصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظرا لهم و صار كالمكاتب و الوصاية قد تتجزأ على ما هو المروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أو نقول يصار إليه كيلا يؤدى

(و هذا نقض الموضوع) لأن موضوع الوصية أن يتولى الوصى التصرف فى جميع ما بقى من الثلث و فى منعه بيع رقبته تجزئة الوصية (و له) أى لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أى أن العبد (مخاطب) احترز به عن الصبى و المجنون (مستبد بالتصرف) احترز به عن عبد الغير لأنه لا يستبد بنفسه لأن لمولاه أن يحجره عن التصرف و عن عبد نفسه أيضا إذا كان فى الورثة كبير لأن للكبير أن يحجره و يبيع نصيبه منه فإذا كان كذلك (فيكون أهلا للوصاية و ليس لأحد عليه ولاية فان الصغار و إن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) بين كونه مملوكا لهم و بين إثبات الولاية في حقهم لأنهم و إن كانوا يملكون رقبته و لكنهم لا يملكون التصرف فيه من حيث لا يملكون بيعه فإن قيل إن لم يكن لهم ذلك فللقاضى أن يبيعه فيتحقق المنع و المنافاة أجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء لم يبق للقاضى ولاية البيع (و إيصاء المولى إليه) أى إلى عبده (يؤذن بكونه ناظرا لهم) أى لورثته لأن من ربى عبده و أحسن إليه فالظاهر أن يختاره لما أن شفقته على الصغار من أولاده بعد موته أكثر من شفقة الأجنبى فلذلك اختاره (و صار (١) كالمكاتب) أى صار الإيصاء إلى العبد القن كالإيصاء إلى المكاتب فذاك يجوز فكذا هذا و يجوز الإيصاء إلى مكاتب غيره أيضا و الخلاف فى المكاتب و المدبر و أم الولد و رقيق البعض كالخلاف فى القن عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و الوصاية قد تتجزأ) هذا جواب عن قولهما و فى اعتبار هذه تجزئتها و ذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما فى العين و إلى الآخر فى الدين أن كلا منهما يكون وصيا فيما أوصى إليه خاصة و أشار إلى هذا بقوله (على ما هو المروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أو نقول يصار إليه) أى إلى التجزئ (كيلا يؤدى

(١)صار كالمكاتب. و فى التبيين: و لو أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره يجوز لأن المكاتب فى المنافع كالحر و إن عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب فى القن و الصبى كالقن فلو بلغ الصبى لم يخرجه القاضى عن الوصية اه ملخصا لكن فى الشامية عن شرح الوهبانية ملخصا إذا أوصى إلى عبد أو صبى أخرجهما القاضى لأن الصبى لا يهتدى إلى التصرف و هل ينفذ تصرفه قبل الاخراج قيل نعم و قيل لا و هو الصحيح لأنه لا يمكن إلزام العهدة فيه فلو بلغ قبل الاخراج قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون وصيا و قالا يكون اه.

إلى إبطال أصله و تغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى. قال و من أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي و الورثة و هذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته و نقص (١) كفايته فيتم النظر بإعانة غيره و لو شكا إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه و إذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين و لو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضي أن يخرجه

إلى إبطال أصله) أي أصل هذا التصرف و هو نصب عبده وصيا على الصغار (و تغيير الوصف) جواب عما يقال هذا تغيير وصفه و هو التجزؤ يعني جعله متجزئا بعد مالم يكن فأجاب بقوله و تغيير الوصف (لتصحيح الأصل أولى) من إهداره بالكلية. (قال) أي القدوري (و من أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية (٢) لحق الموصي و الورثة و هذا) أي ضم القاضي إليه غيره (لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لصيانته) أي لصيانة الوصي (و نقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره و لو شكى إليه الوصي ذلك) أي و لو شكى الوصي إلى القاضي العجز (لا يجيبه حتى يعرف ذلك) أي عجزه (حقيقة (٣) لأن الشاكي (٤) قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه و إذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل (٥) به) أي ولى غيره (رعاية للنظر من الجانبين) أي جانب الموصي و جانب الوصي و يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي و العاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه (و لو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضي أن يخرجه) أي الوصي مع أنه كان عدلا

---

(١)نقص. ن. بعض. (٢)رعاية لحق الموصي في إبقائه حيث اختاره وصيا و لحق الورثة في ضم غيره إليه شامي. (٣)حقيقة بأن ثبت ذلك بالبينة لأن الثابت بها كالمعاين لا بعلم القاضي لأن المفتى به أنه لا يقضي بعلمه شامي عن رحمتي. (٤)لأن الشاكي قد يكون كاذبا الخ. يؤخذ مما ذكره أنه ليس للوصي إخراج نفسه بعد القبول و تقدم التصريح به و الحيلة فيه شيآن كما في الاشباه أحدهما أن يجعله الميت وصيا على أن يعزل نفسه متى شاء الثاني أن يدعي دينا على الميت فيتهمه القاضي فيخرجه اه و الظاهر أن هذا في وصي الميت أما وصي القاضي فقدمنا عن البزازية أنه يعزل نفسه بعلم القاضي تأمل و قوله فيخرجه فيه خلاف و في الهندية عن الخصاف أنه لا يخرجه بل يجعل للميت وصيا في مقدار الدين خاصة و به أخذ المشايخ رحمهم الله تعالى و عليه الفتوى شامية. (٥)استبدل به الخ. في الظهيرية عجز فأقام غيره ثم قال الأول بعد أيام صرت قادرا على القيام بها قالوا هو وصي على حاله لأن الحاكم ما أقام الثاني مقامه ليكون نصبه عزلا له و إنما ذلك ضم لا عزل و مثله في الخانية و غيرها و في الخلاصة أقام آخر مقام العاجز ينعزل قال الخاصي لأنه لا يقوم مقام الأول إلا بعد العزل و للقاضي العزل بالعجز اه ملخصا من أدب الأوصياء شامية (تنبيه) لو جن الوصي مطبقا ينبغي للقاضي أن يبدله و لو لم يفعل حتى أفاق فهو على وصايته خانية.

لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت و مرضيه فإبقاؤه أولى و لهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره و كذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصيا لأمانته و قد فاتت و لو كان في الأحياء لأخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له. قال و من أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى دون صاحبه إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى

(لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت و مرضيه فإبقاؤه أولى و لهذا) أى و لأجل أن وصى الميت مختار الميت (قدم على أب الميت مع وفور شفقته) أى شفقة الأب (فأولى أن يقدم على غيره) أى غير أب الميت و وصى القاضى هو غير أب الميت (و كذا) أى الحكم (إذا شكى الورثة أو بعضهم الوصى إلى القاضى فانه لا ينبغى له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة) أى تظهر للقاضى من الوصى خيانة (لأنه) أى الوصى (استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصيا لأمانته و قد فاتت و لو كان) أى الميت (فى الأحياء لأخرجه) أى الوصى (منها) أى من الوصية (فعند عجزه) أى عجز الميت (ينوب القاضى منابه كأنه لا وصى له) أى للميت. (قال) أى القدورىّ (و من أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى دون صاحبه) قال أبو القاسم الصفارّ هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعا معا بعقد واحد فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليثّ هذا أصح و به نأخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد منهما على الانفراد و حكى عن أبى بكر الإسكافّ أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى إليهما جميعا أو متفرقا و جعل (١) فى المبسوط هذا الأصح لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت و حينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق و الاجتماع بخلاف الوكالة (إلا فى أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى) إنما وعد بتبيينها كلها لاختلاف أقوال العلماء فيها فذكر فى الأسرار ستة و ذكر فى عامة الكتب سبعة و هى شراء كفن الميت و تجهيزه و طعام الصغار و كسوتهم و رد وديعة بعينها و قضاء دين و تنفيذ وصية بعينها و عتق عبد بعينه و الخصومة فى حقوق الميت و ذكر فى الجامع الصغير لقاضى خانّ ثمانية و هى السبعة المذكورة

---

(١) جعل فى المبسوط هذا الأصح و به جزم منلا خسروّ منح شامية.

و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يتفرد (١) كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية و هي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملا كولاية الإنكاح للأخوين و هذا لأن الوصاية خلافة و إنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي و قد كان بوصف الكمال و لأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما و لهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض و هو وصف الإجتماع إذ هو شرط مفيد و ما رضي الموصي الا بالمثنى و ليس الواحد كالمثنى بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن السبب هنالك القرابة و قد قامت بكل منهما كملا و لأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه و ههنا حق التصرف للوصي و لهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الأول أوفى حقا على صاحبه فصح و في الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح

و الثامن قبول الهبة و في الأسرار أسقط قبول الهبة و تنفيذ الوصية فصارت ستة (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية و هي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملا كولاية الإنكاح للأخوين) فإن لكل واحد منهما أن ينفرد بانكاح مولاته (و هذا) توضيح لما ذكر (لأن الوصاية خلافة و إنما تتحقق) أي الخلافة (إذا انتقلت الولاية إليه) أي إلى الوصي (على الوجه الذي كان ثابتا للموصي و قد كان بوصف بالكمال و لأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد و لهما) أي لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض و هو وصف الاجتماع إذ هو شرط مفيد و ما رضي الموصي إلا بالمثنى و ليس الواحد كالمثنى) في التصرف (بخلاف الأخوين في الانكاح لأن السبب هنالك القرابة و قد قامت) أي القرابة (بكل واحد منهما) أي من الأخوين (كملا) أي على وجه الكمال و السبب هنا الإيصاء و هو إليهما لا إلى واحد (و لأن الإنكاح حق مستحق لها) أي للمرأة (على الولي حتى لو طالبته) أي الولي (بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه) إنكاحها منه (و ههنا حق التصرف للوصي و لهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الأول) أي في الانكاح (أوفى) أي أحد الأخوين (حقا على صاحبه فصح و في الثاني) أي في الوصاية (استوفى) أي أحد الوصيين (حقا لصاحبه فلا يصح

---

(١) يتفرد. ن. ينفرد.

أصله الدين الذى عليهما و لهما بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية و مواضع الضرورة مستثناة أبدا و هى ما استثناه فى الكتاب و أخواتها فقال إلا فى شراء كفن الميت و تجهيزه لأن فى التأخير فساد الميت و لهذا يملكه الجيران عند ذلك و طعام الصغار و كسوتهم لأنه يخاف موتهم جوعا و عريا و رد الوديعة بعينها و رد المغصوب و المشترى شراء فاسدا و حفظ الأموال و قضاء الديون لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك و صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه

أصله الدين الذى عليهما و لهما) يعنى إذا كان الدين علي رجلين فأدى أحدهما ما على الآخر صح و إن كان الدين لرجلين فاستوفى أحدهما نصيب الآخر لا يصح (بخلاف الأشياء المعدودة) أشار إلي قوله إلا فى أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى (لأنها) أى لأن الأشياء المعدودة (من باب الضرورة لا من باب الولاية و مواضع الضرورة مستثناة أبدا و هى) أى الأشياء المعدودة (ما استثناه فى الكتاب) أى ما استثناه القدورىؒ فى مختصره بقوله إلا فى شراء كفن الميت إلى آخره و هى سبعة أشياء قد ذكرناها عن قريب (و أخواتها) بالرفع عطف على ما فى قوله ما استثناه فى الكتاب أى و أخوات الأشياء المستثناة فى الكتاب و هى ما يذكره المصنفؒ بقوله و رد المغصوب و المشترى شراء فاسدا و حفظ الأموال ثم بقوله و قبول الهبة و بيع ما يخشى عليه التوى و التلف و جمع الأموال الضائعة (فقال) أى القدورىؒ (إلا فى شراء كفن الميت و تجهيزه (١)) هذا لفظ القدورىؒ و علل المصنفؒ هذا بقوله (لأن فى التأخير) أى فى تأخير تجهيز الميت (فساد الميت و لهذا) أى و لأجل أن فى تأخير التجهيز فساد الميت (يملكه (٢) الجيران) أى يملك الجيران تجهيز الميت (عند ذلك) أى عند إشراف الميت للفساد بسبب التأخير (و طعام الصغار و كسوتهم) من لفظ القدورىؒ و قال المصنفؒ (لأنه يخاف موتهم جوعا و عريا) أى من حيث الجوع و العرى (و رد (٣) الوديعة بعينها) من لفظ القدورىؒ و قال المصنفؒ (و رد المغصوب و المشترى (٤) شراء فاسدا و حفظ الأموال) هذه الثلاثة لم يذكرها القدورىؒ (و قضاء الديون) من لفظ القدورىؒ و قال المصنف رحمه الله تعالى (لأنها) أى لأن هذه الأشياء الأربعة (ليست من باب الولاية) أى الولاية المستفادة من الموصى (فإنه يملكه المالك و صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه) أى و يملك

---

(١)و تجهيزه. لو اقتصر عليه لكفاه عما قبله شامى. (٢) يملكه الجيران فى الحضر و الرفقة فى السفر شامى عن ط. (٣)رد الوديعة. قيد به لأنه لا ينفرد بقبض وديعة الميت خانية. (٤)و المشترى بالبناء للمجهول معطوف على المغصوب أى و رد ما اشتراه الميت شراء فاسدا لأنه لا يبطل الرد بالموت كما مر فى بابه فينفرد أحد الوصيين به شامية.

و حفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة و لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى و تنفيذ وصية بعينها و عتق عبد بعينه لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى و الخصومة في حق الميت لأن الاجتماع فيها متعذر و لهذا ينفرد (١) بها أحد الوكيلين و قبول الهبة لأن في التأخير خيفة الفوات و لأنه يملكه الأم و الذى في حجره فلم يكن من باب الولاية و بيع ما يخشى عليه التوى و التلف

صاحب الدين أخذه إذا كان من جنس حقه (و حفظ المال) برفع حفظ على وجه التعليل لقوله و حفظ الأموال و ارتفاعه على الإبتداء و خبره هو قوله (يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة و لأنه لا يحتاج فيه) أى في حفظ المال (إلى الرأى) هذا في قضاء الدين عن الميت أما في اقتضاء الدين للميت فهو على الخلاف (و تنفيذ (٢) وصية بعينها) بالجر عطفا على آخر المعطوفات و هو قوله و قضاء الديون و كل المعطوفات بالجر عطفا على قوله إلا في شراء الكفن و تجهيزه (و عتق عبد بعينه) بالجر أيضا و هو من لفظ القدورىؒ و قال المصنفؒ (لأنه (٣) لا يحتاج فيه إلى الرأى) و كذا قوله (و الخصومة (٤) في حق الميت) من لفظ القدورىؒ و هو أيضا بالجر و قال المصنفؒ (لأن الاجتماع فيها متعذر و لهذا) أى و لأجل تعذر الاجتماع في الخصومة (يتفرد بها أحد الوكيلين) إذا كانا حاضرين حال الحياة و كذا بعد الوفاة (و قبول الهبة) بالجر عطفا على المجرورات التى قبله (لأن في التأخير خيفة الفوات و لأنه) أى و لأن قبول الهبة (يملكه الأم و الذى في حجره) أى و يملكه أيضا الصغير الذى في حجره (فلم يكن) أى قبول الهبة (من باب الولاية) حتى يحتاج إلى الآخر (و بيع ما يخشى عليه التوى و التلف) بالجر أيضا عطفا على المجرورات

---

(١)ينفرد.ن.يتفرد. (٢)و تنفيذ وصية أى بعين أو بألف مرسلة ابن الشحنة فلو احتاج إلى بيع شيء ليؤدى من ثمنه الوصية فلا إلا باذن صاحبه شامى عن اتقانى. (٢)و تنفيذ وصية بعينها. قال القهستانيؒ لأن لصاحب الحق أخذه بلا دفع الوصى اه و في الظهيرية أوصى بأن يتصدق بحنطة على الفقراء قبل أن ترفع الجنازة ففعل أحد الوصيين إن كانت الحنطة في ملك الموصى جاز دفعه و إلا فان اشتراها فالحنطة للمشترى و الصدقة عن نفسه و في الولوالجية و على الخلاف إذا أوصى بأن يتصدق بكذا من ماله و لم يعين الفقراء فليس له الانفراد و إن عين ينفرد أحدهما بالاجماع اه و به علم تقييد ما في المتن بكون الفقير الموصى له معينا تأمل شامية. (٣)لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى بخلاف اعتاق ما ليس بمعين فانه محتاج إليه قهستاني و قد أطلق قاضيخانؒ العبد و لا مانع من حمله على المقيد أفاده ط أقول و الظاهر أن هذا كله فيما إذا أوصى بعتق عبد مجانا (أو ببدل معين رافعى) فلو بمال (يعنى غير معين) احتاج إلى الرأى فلا بد من الاجتماع تأمل شامى. (٤)و الخصومة الخ. وجه الانفراد فيها أنهما لا يجتمعان عليها عادة و لو اجتمعا لم يتكلم إلا أحدهما غالبا شامية عن درر.

لأن فيه ضرورة لا تخفى و جمع الأموال الضائعة لأن في التأخير خشية الفوات و لأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية و في الجامع الصغير و ليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى و المراد بالتقاضي الإقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم و هذا لأنه رضي بأمانتهما جميعا في القبض و لأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية و لو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد (١) كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد و هذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد و قيل الخلاف في الفصلين واحد و هو (٢) الأصح لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لأن الوكالة تتعاقب فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصيا آخر نظرا

التي قبلها و التوى الهلاك و التلف بالرفع تفسير للتوى (لأن فيه ضرورة لا تخفى) و هو ظاهر (و جمع الأموال الضائعة) بالجر أيضا مثل ذلك (لأن في التأخير خشية الفوات و لأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية) و هو ظاهر (و في الجامع الصغير و ليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى) هذا لفظ الجامع و قال المصنف (و المراد بالتقاضي الاقتضاء) أي القبض (كذا كان المراد منه) أي من التقاضي (في عرفهم) أي في عرف أهل الكوفة و أما في عرف ديار المصنف رحمه الله تعالى المراد من ذلك المطالبة (و هذا لأنه رضي بأمانتهما) أي لأن الموصي رضي بأمانة الاثنين (جميعا في القبض) فلا ينفرد أحدهما (و لأنه) أي و لأن التقاضي (في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) فلا ينفرد أحدهما (و لو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف) و هو قول أبي القاسم الصفار (بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد و هذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد و قيل الخلاف في الفصلين) أي فصل الانفراد و فصل الاجتماع (واحد) و هو قول أبي بكر الاسكاف رحمه الله تعالى (لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لأن الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما) أي أحد الوصيين (جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عندهما) أي عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (فلأن الباقي) أي الوصي الباقي (عاجز عن التفرد بالتصرف) لأن عندهما ليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه فاذا كان كذلك (فيضم القاضي إليه وصيا آخر نظرا

---

(١) ينفرد. ن. يتفرد. (٢) و هو الأصح. هذه الجملة توجد في بعض النسخ دون البعض.

للميت عند عجزه و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى الحي منهما و إن كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه و ذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت و لو أن الميت منهما أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر و لا يحتاج القاضي إلى نصب وصى آخر لأن رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يتفرد (١) بالتصرف لأن الموصى ما رضى بتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضيه المتوفى و إذا مات الوصى و أوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته و تركة الميت الأول عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى

للميت عند عجزه) أى عند عجز الوصى الباقى و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و عند (٢) أبى يوسف رحمه الله تعالى الحى منهما) أى من الوصيين (و إن كان يقدر على التصرف) كلمة إن واصلة بما قبلها (فالموصى قصد أن يخلفه متصرفان) و فى بعض النسخ وصيان (فى حقوقه و ذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت) أى الوصى الميت (و لو أن الميت منهما) أى من الوصيين (أوصى إلى الحي فللحى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر و لا يحتاج القاضى إلى نصب وصى آخر لأن رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى) رواه الحسنُ عنه (أنه) أى أن الحى الباقى (لا يتفرد بالتصرف لأن الموصى ما رضى بتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضيه المتوفى) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و إذا مات الوصى و أوصى (٣) إلى آخر فهو وصيه في تركته و تركة الميت الأول عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى

---

(١)لا يتفرد. ن. لا ينفرد. (٢)و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى الخ. و هو صريح فى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى لم يخالف هنا و جزم فى الولوالجية بالخلاف و هما قولان (تنبيه) مثل الموت ما لو جن أحدهما أو وجد ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينا فلو أراد الحاكم رد النظر إلى الثانى منهما لم يكن له ذلك بلا خلاف معراج لكن فى الولوالجية و على هذا الخلاف لو فسق أحدهما أطلق القاضى للثانى أن يتصرف وحده أو ضم إليه آخر اه تأمل و فيها و كذا إذا أوصى إليهما و مات فقبل أحدهما فقط أو مات أحدهما قبل موت الموصى ثم قبل الآخر فعندهما لا ينفرد القابل بالتصرف و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ينفرد شامية. (٣) و أوصى إلى آخر أى فى ماله أو مال موصيه وقاية لكن قال الرملىّ المسئلة على أقسام أربعة لأنه إما أن يبهم فيقول جعلتك وصيى من بعدى أو وصيا أو نحوه أو يبين فيقول فى تركتى أو يقول فى تركة موصى أو يقول فى التركتين فاذا أبهم أو بين فقال فى التركتين فهو وصى فيهما عندهم خلافا للشافعى و زفر رحمهما الله تعالى و إن قال فى تركتى فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى =>

لا يكون وصيا فى تركة الميت الأول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة و الجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره و لنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى فى المال و إلى الجد فى النفس ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه فكذا الوصى و هذا لأن الايصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته و عند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فيهما و لأنه لما استعان به فى ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه و هو تلافى ما فرط منه صار راضيا بايصائه إلى غيره

لا يكون وصيا فى تركة الميت الأول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة و الجامع بينهما) أى بين التوكيل و الايصاء (أنه رضى برأيه لا برأى غيره و لنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة إليه) من الميت بطريق الخلافة عنه (فيملك) أى الوصى (الإيصاء إلى غيره كالجد) فان وصى الجد عند عدم الأب كوصى الأب (ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى فى المال و إلى الجد فى النفس) حتى كان يملك تزويج الصغار و الصغيرات و استيفاء القصاص (ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه) أى إلى الجد لأنه خلف عنه (فكذا الوصى) لأنه خلف عن الميت أيضا (و هذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولاية و عند الموت) أى موت الموصى (كانت له) أى للوصى (ولاية فى التركتين) أى فى مال نفسه الذى يتركه و تركة موصيه و إنما سمى مال الوصى تركة باعتبار ما يؤول إليه (فينزل الثانى) أى الوصى الثانى (منزلته) أى منزلة الوصى الأول (فيهما) أى فى التركتين (و لأنه) أى و لأن الموصى (لما استعان به) أى بالوصى (فى ذلك) أى فيما أوصى (مع علمه أنه قد تعتريه المنية) أى الموت (قبل تتميم مقصوده بنفسه) أى قبل حصول مقصود الموصى منه (و هو) أى مقصوده (تلافى ما فرط منه) أى تدارك ما سبق منه من التفريط فى الأمور (صار) أى الموصى و هو جواب لما (راضيا بايصائه) أى بايصاء الوصى (إلى غيره)

=> روايتان ظاهر الرواية عنه أنه يكون وصيا فيهما لأن تركة موصيه تركته كما صرح به فى الاختيار و عنهما أيضا روايتان أظهرهما أنه يقتصر على تركته و إن قال فى تركة الأول فهو كما قال عندهم كما فى التاترخانية عن شرح الطحاوى و كما يرشد إليه تعليل الاختيار إذ ليست تركته تركة الأول بخلاف قوله تركتى لأن تركة موصيه تركته فتناولها اللفظ فاغتنم هذا التحرير فانه مفرد اه شامى قال الرافعىؒ (قوله و إن قال فى تركة الأول فهو كما قال عندهم) هذه الصورة مبنية على غير ظاهر الرواية لما نقل السندى فقال و فى المحيط و إذا أوصى إلى رجل فى تركة موصيه صار وصيا فى تركة نفسه أيضا عندنا فى ظاهر الرواية كما فى الاختيار هكذا ذكر نجم الدين النسفىؒ اه ملخصا.

بخلاف الوكيل لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره و الإيصاء إليه. قال و مقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة و مقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب و يرد عليه به و يصير مغرورا بشراء المورث و الوصي خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتي لو حضر و قد هلك ما في يد الوصي

دلالة إلى تتميم مقصوده (بخلاف الوكيل) فانه ليس كذلك (لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره و الايصاء إليه) و هذا ظاهر. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و مقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة و مقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة) المقاسمة فعل القسمة بين اثنين و هو أن يقتسم كل واحد منهما مع الآخر شيئا و صورة المسألة رجل أوصى إلى رجل و أوصى لرجل آخر بثلث ماله و له ورثة صغار أو كبار غيب (١) فأراد الوصي المقاسمة فهي (٢) على وجهين الأول هو أن يقاسم الموصى له نائبا عن الورثة و أعطاه الثلث و أمسك الثلثين للورثة فهذه جائزة و الوجه الثاني أن يقاسم الورثة نائبا عن الموصى له و هي (٣) باطلة و بيان الفرق بينهما ما ذكره المصنفؒ بقوله (لأن الوارث خليفة الميت) يعني من يخلفه بعده (حتى يرد بالعيب) يعني فيما اشتراه المورث (و يرد عليه به) أي بالعيب يعني فيما باعه المورث (و يصير مغرورا بشراء المورث) فانه إذا اشترى جارية ثم مات فاستولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت و لو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر و المسألة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره (و الوصي خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا) هذا إذا كان كبيرا لأنه إذا كان صغيرا لا حاجة إلى فعله فاذا كان كذلك (فصحت قسمته عليه) أي على الوارث الغائب (حتي لو حضر) أي الغائب (و قد هلك ما في يد الوصي)

---

(١)غيب أي مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا شامي عن قهستاني و الغيب بفتحتين جمع غائب مثل خادم و خدم و أما غيب (بالضم فالفتح مع التشديد) فقياس مغرب. (٢)فهي على وجهين الخ. ذكر الامام المحبوبيؒ عن مبسوط شيخ الاسلامؒ أنه في الأول تجوز في العروض و العقار لو الورثة صغارا و إلا ففي العروض فقط و في الثاني تبطل فيهما كما في الكفاية و به جزم الزيلعيؒ و الفرق بين المنقول و العقار أن الورثة لو صغارا فللوصي بيعهما و لو كبارا فليس له بيع العقار عليهم و له بيع المنقول فكذا القسمة لأنها نوع بيع عناية هذا إذا لم يكن في التركة دين و إلا فله بيع العقار أيضا ثم اعلم أن المراد افراز حصة الصغار عن غيرهم أما لو أراد افراز حصة كل من الصغار عن الآخر لا يجوز شامية. (٣)و هي باطلة سواء كان الموصى له صغيرا أو كبيرا حاضرا أو غائبا عناية و كفاية.

ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد و لهذا لا يرد بالعيب و لا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه و له ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة و يبقى ما بقي على الشركة. قال فإن قاسم الورثة و أخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي

الواو للحال (ليس له أن يشارك الموصى له) لأن ولايته نافذة على الصغار و على حفظ مال الكبار و الموصى له خصم و القسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة و أشار إلى بيان الوجه الثاني بقوله (أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه) لأن الوصية تمليك مبتدأ و هو معنى قوله (لأنه ملكه) أي لأن الموصى له ملك ما أوصى له (بسبب جديد و لهذا) أي و لكونه غير خليفة عن الميت (لا يرد بالعيب) فيما اشتراه المورث (و لا يرد عليه) فيما باعه الميت (و لا يصير مغرورا) يعني يكون الولد رقيقا (بشراء الموصى) فيما إذا اشترى جارية إلى آخر ما ذكرناه فاذا كان الأمر كذلك (فلا يكون الوصي خليفة عنه) أي عن الموصى له الغائب (عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لأن القسمة) أي قسمة الوصي (لم تنفذ عليه) أي على الموّصى له الغائب (غير أن الوصي لا يضمن) هذا جواب عما يقال إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع و هلك المال بعد ذلك الفعل الذى هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال و استهلكه و تقرير الجواب هو أن الوصي لا يضمن (لأنه أمين فيه و له ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوارث فيتوى) أي يهلك (ما توى) أي ما هلك (من المال المشترك على الشركة و يبقى ما بقي على الشركة) و قال السغناقي رحمه الله تعالى في قوله فصار كما إذا هلك بعض التركة إلى آخره إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض و إن شاء ضمن الدافع بالدفع. (قال فإن قاسم الورثة) أي فإن قاسم الوصي الورثة (و أخذ نصيب الموصى له فضاع) أي النصيب المأخوذ (رجع الموصى له) على الورثة (بثلث ما بقي) في أيديهم

لما بينا. قال و إن كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي و كذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع فى يده و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء و إلا يرجع بتمام الثلث و قال محمد رحمه الله تعالى لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصى و لو أفرز الموصى بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء و بطلت الوصية فكذا إذا أفرزه وصيه الذى قام مقامه و لأبى يوسف رحمه الله تعالى أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقى محلها و إذا لم يبق بطلت لفوات محلها و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها و هو تأدية الحج فلم تعتبر دونه و صار

و قال الأكملُ هذا كان معلوما من سياق كلامه و لكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة) أى فقاسم الوصى الورثة (فهلك ما فى يده) أى فى يد الوصى قال الكاكيُّ أى فى يد الحاج فالوصى و الحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما قلت لا حاجة الى ما قاله الكاكيُّ على ما لا يخفى (حج (١) عن الميت من ثلث ما بقي و كذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع فى يده) يحج عنه من ثلث ما بقي و هذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال الأكملُ صورته رجل مات و ترك أربعة آلاف درهم و أوصى أن يحج عنه و كان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصى ألفا و دفعها إلى الذى يحج عنه فسرقت فى الطريق حج عن الميت من ثلث ما بقى من التركة و هو ألف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقى مرة أخرى هكذا (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن كان) أى الهالك (مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء و إلا) أى و إن لم يكن الهالك مستغرقا للثلث (يرجع بتمام الثلث) و هو ثلاثمائة و ثلاثة و ثلاثون و ثلث درهم فإن سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى (و قال محمد رحمه الله تعالى لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصى و لو أفرز الموصى بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء و بطلت الوصية فكذا إذا أفرزه وصيه الذى قام مقام و لأبى يوسف رحمه الله تعالى أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقى محلها و إذا لم يبق بطلت لفوات محلها) أى محل الوصية (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها و هو تأدية الحج فلم تعتبر دونه) أى دون المقصود و هو أداء الحج (و صار

(١) حج عن الميت من ثلث ما بقى أى من منزل الآمر أو من حيث يبلغ و هكذا إن هلك ثانيا و ثالثا إلا أن لا يبقى من ثلثه ما يبلغ الحج فتبطل الوصية شامية.

كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقى و لأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذ لا قابض لها فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها. قال و من أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها و الموصي له غائب فقسمته جائزة لأن الوصية صحيحة و لهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته و القاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى و الغيب و من النظر إفراز نصيب الغائب و قبضه فنفذ ذلك و صح حتى لو حضر الغائب و قد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل. قال و إذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لأن الوصي قائم مقام الموصي و لو تولى حيا بنفسه يجوزبيعه بغير محضر من الغرماء و إن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه

كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقى و لأن تمامها) أى تمام القسمة (بالتسليم إلى الجهة المسماة إذ لا قابض لها فاذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها) أى قبل القسمة. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضى فقسمها و الموصى له غائب فقسمته جائزة) أى قسمة القاضى جائزة حتى لو هلك ما فى يد القاضى ثم حضر الغائب لا يرجع على الورثة بشىء (لأن الوصية صحيحة و لهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته و القاضى نصب ناظرا لا سيما فى حق الموتى و الغيب و من النظر إفراز نصيب الغائب و قبضه فنفذ ذلك) أى الإفراز (و صح حتى لو حضر الغائب و قد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل) و قال الإمام المحبوبىّ هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء و لا رضا و يجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فأما فيما لا يكال و لا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع و بيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته و أجيب بأن وضع المسألة فى الدراهم و هى مما يوزن. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا باع الوصى عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) صورته فى الجامع محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى فى الرجل يموت و يترك عبدا و عليه دين يحيط بماله فيبيع الوصى العبد بغير محضر من الغرماء قال بيعه جائز و أراد بذلك الدين على الميت لا على العبد (لأن الوصى قائم مقام الموصى و لو تولى) أى الموصى البيع حال كونه (حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء و إن كان فى مرض موته) كلمة إن وصلية (فكذا إذا تولاه) أى البيع (من قام مقامه) أى مقام

و هذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة و البيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف و هو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء أما ههنا فبخلافه. قال و من أوصى بأن يباع عبده و يتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي و قبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه و هذه عهدة لأن المشترى منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع و لم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (١) و يرجع فيما ترك الميت لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم رجع إلى ما ذكرنا و يرجع في جميع التركة

الموصي (و هذا) توضيح لما قبله (لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة و البيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف و هو الثمن بخلاف العبد المديون) المأذون حيث لا يبيعه مولاه أو وصيه بغير محضر من الغرماء (لأن للغرماء حق الاستسعاء) حتى يأخذوا كسبه فيكون البيع مبطلا لحقهم فلهم أن يبطلوا البيع (أما ههنا) أى في بيع الوصي بغير محضر من الغرماء (فبخلافه) أى بخلاف المذكور حيث لا يجوز هناك و يجوز ههنا سواء كان بيع الوصي بمحضرهم. أو بغير محضرهم. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أوصى بأن يباع عبده و يتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي و قبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) الثمن (لأنه هو العاقد فتكون العهدة (٢) عليه) أى على الوصي (و هذه عهدة) إنما قال هذه لأجل تأنيث الخبر و هو العهدة و تأنيث المبتدأ لتأنيث الخبر جائز (لأن المشترى منه) أى من الوصي (ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع و لم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده و يرجع) أى الوصي (فيما ترك الميت لأنه عامل له) أى لأجل الميت (فيرجع عليه كالوكيل) فانه يرجع على الموكل بما ضمن لأنه عامل له (و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه) أى بقبض الثمن و قبض الثمن من حقوق العقد فصار الوصي في حق القبض كالمالك و إذا كان بمنزلة المالك و قد لحقه الضمان بعمل عمل لنفسه فلا يرجع بشيء (ثم رجع) أى أبو حنيفة رحمه الله تعالى (إلى ما ذكرنا) من أنه يرجع في تركة الميت (و يرجع) أى الوصي (في جميع التركة

(١) قال. و في بعض النسخ ليس لفظ قال. (٢) فتكون العهدة عليه. قال سعدي: العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد و قيل هي نفس العقد لأن العقد و العهد سواء و العهدة التبعة أيضا غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال و في حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء كذا في كشف البزدوي اه و في المغرب: و قولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول و معناه ما أدرك فيه من درك فاصلاحه عليه هكذا عن الغوري اه.

و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها و محل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور و ذلك دين عليه و الدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة و أمينه سفير عنه كالرسول و لا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل و قد مر في كتاب القضاء فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر. قال و إن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه و قبض

و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها) أي حكم الوصية (و محل الوصية الثلث) يعني نفاذها من الثلث (وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أنه يرجع عليه) أي أن الوصي يرجع على الميت (بحكم الغرور) أي غرور الميت لأنه غر الوصي حيث أمره ببيع عبده و التصدق بثمنه فكأنه قال هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته (و ذلك) أي الضمان (دين عليه) أي على الميت (والدين يقضى من جميع التركة) و في الذخيرة (١) محالا إلى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين لا على الميت و القياس هكذا لأن غنم تصرف الوصي يعود إلى المساكين فغرمه يجب أن يكون عليهم (بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في إلزامها القاضي) أي لأن في إلزام العهدة القاضي (تعطيل القضاء إذ يتحامى) أي لأنه يمتنع (عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة) بامتناع القضاة عن قبول القضاء لأجل التزام العهدة في الأمور (و أمينه) أي أمين القاضي (سفير عنه) أي عن القاضي (كالرسول) فلا يلزمه شيء (و لا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل و قد مر في كتاب القضاء) في آخر فصل القضاء بالمواريث (فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء) بأن لم يفضل عن التكفين و التجهيز (لم يرجع (٢)) أي الوصي (بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر) أي غير هذا الدين نحو الديون التي تكون على الموات المفاليس. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه و قبض

---

(١) و في الذخيرة الخ. قال في العناية: و هذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير و وجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف و هو الثواب و الفقير تبع له اهـ. (٢) لم يرجع بشيء أي لا على الورثة و لا على المساكين إن كان تصدق عليهم لأن البيع لم يقع إلا للميت عناية.

الثمن فهلك و استحق العبد رجع في مال الصغير لأنه عامل له و يرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه. قال و إذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم جاز و هو أن يكون أملأ إذ الولاية نظرية و إن كان الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه. قال و لا يجوز بيع الوصي و لا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله

* الثمن فهلك) أي الثمن في يده (و استحق العبد رجع في مال الصغير) يعني رجع المشتري بالثمن على الوصي لأن العهدة على البائع ثم يرجع الوصي بذلك في مال الصغير (لأنه عامل له) أي لأن الوصي عامل لأجل الصغير (و يرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه) أي ما أصاب الصغير. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم جاز) بأن كان المحتال عليه أملأ قدرة على أداء الدين من المحيل و هو المديون و هو معنى قوله (و هو أن يكون) أي المحتال عليه (أملأ إذ الولاية نظرية و إن كان الأول) أي المديون (أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض (١) الوجوه) يعني إذا مات المحال عليه مفلسا و لم يذكر إذا كانا سواء و في الذخيرة اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه أشار في الكتاب إلى أنه لا يجوز و ذكر المحبوبي إذا كان الثاني مثل الأول لا يجوز و قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي للوصي أن يأخذ الكفيل بدين الميت لأن الكفالة لا توجب براءة الأصيل و كذلك لو أخذ رهنا بذلك يجوز و لو احتال بماله أو أخذ كفيلا بشرط براءة الأصيل فإنه ينظر إن كان أملأ من المحيل يجوز حتى أن الصبي لو أدرك قبل أخذ الدين فليس له أن يفسخ الحوالة و إذا لم يكن أملأ من المحيل فانه لا يجوز هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت و أما إذا ثبت بمداينة الوصي فإنه يجوز سواء كان خيرا لليتيم أو شرا له إلا أنه إذا كان خيرا له فانه يجوز بالاتفاق حتى أنه إذا أدرك و أراد أن ينقض ذلك فليس له ذلك و إن شرا له جاز ذلك و يضمن الوصي لليتيم عندهما و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و لا يجوز (٢) بيع الوصي و لا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله

(١)على بعض الوجوه و هو أنه إذا لم يكن مليا يتأخر الاداء و التاخير إتلاف من وجه كفاية. (١) على بعض الوجوه و هو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين إذا مات الثاني مفلسا أو جحد الحوالة و لم يكن له عليه بينة و لا يرى رجوع الدين على الأول زيلعي. (٢)و لا يجوز بيع الوصي الخ. هذا إذا تابع الوصي للصغير مع الأجنبي و أما إذا اشترى شيئا من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئا منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أبي يوسف رحمه الله تعالى في إحدى الروايتين عنه إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة و تفسيره أن يبيع ما يساوى =>

لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه و الصبي المأذون و العبد المأذون و المكاتب يجوز بيعهم و شراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنهم يتصرفون بحكم المالكية و الإذن فك الحجر بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر و عندهما لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه و هم ليسوا من أهله و إذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة و كتاب الشراء على حدة لأن ذلك أحوط و لو كتب جملة عسي أن يكتب الشاهد

لأنه (١) لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير) أي الغبن اليسير (لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره) أي في اعتبار الغبن اليسير (انسداد بابه) أي باب تصرف الوصي (و الصبي المأذون و العبد المأذون و المكاتب يجوز بيعهم و شراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون بأهليتهم لا باذن المولى و لا يقال العبد محجور عليه لأن المصنفّ قال (و الاذن فك الحجر بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر) و الأب و القاضي مثل الوصي لأنهم يتصرفون للغير (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يملكونه) أي لا يملكون البيع بالغبن الفاحش و لا الشراء به و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن التصرف بالفاحش منه) أي من الغبن (تبرع لا ضرورة فيه و هم ليسوا من أهله) أي من أهل التبرع. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة و كتاب الشراء على حدة لأن ذلك أحوط) و بين وجه الأحوط بقوله (و لو كتب جملة عسي أن يكتب الشاهد

=> خمسة عشر بعشرة من الصغير أو يشترى ما يساوى خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه و أما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز و عند محمد رحمه الله تعالى و على أظهر الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز على كل حال عناية و تبيين هذا في وصي الأب و أما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لأنه و كيله زيلعي (تنبيه) قال في الخانية يتيمان لكل منهما وصي لم يجز لأحد الوصيين الشراء ليتيمه من الوصي الآخر لأن تصرفات الأوصياء مقيدة بالخيرية و النظر لليتيم فلو وجدت الخيرية هنا من أحدهما لا توجد من الآخر ألبتة فلا يجوز تصرفه اه أقول و هو مشكل لأن كلا منهما أجنبي عن الآخر شامي. (١) لأنه لا نظر في الغبن الفاحش فلو با ع به كان فاسدا حتى يملكه المشترى بالقبض در عن قهستاني هو ثاني القولين حكاهما في القينة و الأول أنه باطل لا يملكه المشترى بالقبض رد المحتار و فيه أيضا و الصحيح في تفسير الغبن الفاحش أنه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين كما في البحر و المنح و غيرهما (تنبيه) المريض المديون لو با ع بمحاباة لا يجوز بخلاف وصيه بعد موته و هذا من عجيب المسائل حيث ملك الخلف المحاباة لا المالك أفاده في الفصولين.

شهادته فى آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان و لا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا و قيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهرا. قال و بيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شىء إلا فى العقار لأن الأب يلى ما سواه و لا يليه فكذا وصيه فيه و كان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه

شهادته فى آخره) أى فى آخر الكتاب (من غير تفصيل) بين الوصاية و الشراء (فيصير ذلك حملا له على الكذب) فينسب إلى شهادة الزور (ثم قيل يكتب) أى القاضى أو المشترى (اشترى من فلان بن فلان و لا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا) أشار إلى قوله لأن ذلك أحوط (و قيل لا بأس بذلك) أى لا بأس أن يكتب من فلان وصى فلان كذا قاله الأترازىّ و قال الكاكىّ لا بأس بذلك أى لا بأس بجمع الوصية و الشراء فى كتاب واحد و هذا أوجه (لأن الوصاية تعلم ظاهرا. قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و بيع (١) الوصى على الكبير الغائب (٢) جائز فى كل شىء إلا فى (٣) العقار لأن الأب يلى ما سواه) أى ما سوى العقار (و لا يليه) أى العقار (فكذا وصيه فيه) أى فى العقار (و كان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير الغائب إلا أنا استحسناه لما أنه) أى أن بيع ما سوى العقار (حفظ لتسارع الفساد إليه

---

(١)بيع الوصى الخ. بيان المسئلة أنه إذا لم يكن على الميت دين و لا وصية فان الورثة كبارا حضورا لا يبيع شيئا و لو غيبا له بيع العروض فقط و إن كلهم صغارا يبيع العروض و العقار و إن البعض صغارا و البعض كبارا فكذلك عنده و عندهما يبيع نصيب الصغار و لو من العقار دون الكبار إلا إذا كانوا غيبا فيبيع العروض و قولهما القياس و به نأخذ و إن كان على الميت دين أو أوصى بدراهم و لا دراهم فى التركة و الورثة كبار حضور فعنده يبيع جميع التركة و عندهما لا يجوز إلا بيع حصة الدين اه ملخصا من غاية البيان عن نكت الوصايا لأبى الليثّ كذا فى الشامية. (٢)الغائب. قيد بالغيبة لأن الورثة الكبار إذا كانوا حضورا ليس للوصى التصرف فى التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت و يقبض حقوقه و يدفع إلى الورثة إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية و لم يقض الورثة الديون و لم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطا و بمقدار الدين إن لم يحط و له بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما و ينفذ الوصية بمقدار الثلث و لو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع و فى الزيادة الخلاف المذكور فى الدين اه عناية قال فى أدب الأوصياء و بقولهما يفتى كذا فى الحافظية و الغنية و سائر الكتب اه و مثله فى البزازية شامية. (٣)إلا فى العقار. استثنى العقار فى حق الكبير الغائب أما فى حق الصغير يملك بيع العقار أيضا و هذا جواب السلفّ و أما جواب المتأخرينّ أنه إنما يجوز بأحد شروط ثلاثة إما أن يرغب المشترى فيه بضعف القيمة أو للصغير حاجة إلى ثمنها أو بأن يكون على الميت دين و لا وفاء له إلا به قال الصدر الشهيدّ و به يفتى كفاية و تبيين (تنبيه) قال فى القنية لا يملك الوصى بيع جزء شائع من دار اليتيم للنفقة إذا وجد من يشترى جزأ معينا منها لأنه تعييب للباقى اه شامية.

و حفظ الثمن أيسر و هو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه. قال و لا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى وصي الأخ في الصغير و الكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب

و حفظ الثمن أيسر و هو) أى الوصى (يملك الحفظ أما العقار (١) فمحصن بنفسه) فلا يحتاج إلى بيعها للتحصين هذا الذى ذكره إذا لم يكن على التركة دين مستغرق فإن كان و هو مستغرق فله أن يبيع الجميع لأنه لا يمكنه قضاء الدين إلا بالبيع و إن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول و العقار و الزيادة عليه من المنقول بالاتفاق و من العقار أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما. (قال و لا يتجر) أى الوصى (فى (٢) المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى وصى الأخ فى الصغير و الكبير الغائب بمنزلة وصى الأب فى الكبير الغائب) يعنى فى بيع المنقول دون العقار و لا خلاف فى هذه المسألة و إنما خص ذكرهما في الجامع لأنه روى عنهما و لم يرو عن أبي جنيفة رحمه الله تعالى

(١)أما العقار فمحصن بنفسه و لو خيف هلاكه يملك بيعه لأنه تعين حفظا كالمنقول و الأصح أنه لا يملك لأنه نادر زيلعى. (٢)فى المال أى مال الكبير الغائب شلبى عن اتقانى و فى الدر: و لا يتجر الوصى فى مال اليتيم لنفسه فان فعل تصدق بالربح و جاز لو اتجر من مال اليتيم لليتيم اه و فى الرد على الدر: (قوله فان فعل تصدق بالربح) أى عندهما و يضمن رأس المال و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يسلم له الربح و لا يتصدق بشىء خانية و فيها و لا يملك إقراض مال اليتيم فان أقرض ضمن و القاضى يملكه و الصحيح أن الأب كالوصى لا كالقاضى و لو أخذه الوصى قرضا لنفسه لا يجوز و يكون دينا عليه و قال محمد رحمه الله تعالى و أما أنا أرجو أنه لو فعل ذلك و هو قادر على القضاء لا بأس به اه و فى جامع الفصولين القاضى إنما يملك الاقراض إذا لم يجد ما يشتريه يكون غلة لليتيم لا لو وجده أو وجد من يضارب و فى الحاوى الزاهدى القاضى يأمر الوصى بالاتجار و الشركة فى مال اليتيم دون المعاملة لأجل الربح اه و أفاد الرملى أن ما يفعله بعض جهلة القضاة أنهم يقضون بالربح من غير معاملة فى ماله إذا عومل فيه أول مرة و يستندون فى ذلك لمن لا يعبا بكلامه فى المذهب فهو قضاء بالربا المحرم فى سائر الأديان بمجرد خيالات فاسدة و هى النظر إلى اليتيم و هل فيما حرم الله تعالى نظر ما هذا إلا ضلال بعيد (قوله و جاز لو اتجر الخ) أفاد أنه لا يجبر الوصى على التجارة و التصرف بمال اليتيم و به صرح فى نور العين عن مجمع الفتاوى و قال البيرى الوصى إذا امتنع من التصرف لا يجبر كما فى الخلاصة و فى الحاوى الحصيرى قال محمد بن مقاتل لو كان للميت على الناس ديون فليس للورثة أن يأخذوا الوصى باستخراج ذلك و قضائه اه (تتمة) لو أجره الأب أو الجد أو الوصى صح إذ لهم استعماله بلا عوض للتهذيب و الرياضة فبالعوض أولى و الوصى لو استأجره لنفسه صح لا لو أجر نفسه لليتيم و لو أجر الأب نفسه له صح و له قضاء دينه من مال ولده بخلاف الوصى و لهما بيع ماله بدين نفسهما كرهنه به و لا بأس للأب أن يأكل من ماله بقدر حاجته لو محتاجا و لا يضمن بخلاف الوصى إلا إذا كان له أجرة فيأكل بقدرها و ليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة و لا إقراض ماله و لو أقرض لا يعد خيانة فلا يعزل بها و له أن يوكل بكل ما يجوز له أن يعمله بنفسه و تمام الفروع فى ٢٧ من جامع الفصولين.

و كذا وصى الأم و وصى العم و هذا الجواب فى تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم و هم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم. قال و الوصى أحق بمال الصغير من الجد و قال الشافعى رحمه الله تعالى الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه و لنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه و هذا لأن اختياره الوصى مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه و أشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون الوصى غير أنه يقدم عليه وصى الأب فى التصرف لما بيناه.

كذا قال الفقيه أبو الليث (و كذا وصى الأم و وصى العم) ليس لهما حق التصرف فى العقار و لهما حق التصرف فى العروض التى ورث من الأم خاصة أو من العم أو من الأخ و ليس لأحد من هؤلاء أن يتصرف فيما ورث من غير الذى أوصى إليه و أما وصى الأب فله التصرف فى العروض و العقار سواء ورث من أبيه أو من غيره إذا كانت الورثة صغارا و أما إذا كانوا كبارا و هم غيب فليس له التصرف إلا فى العروض خاصة (و هذا الجواب فى تركة هؤلاء) يعنى الأخ و الأم و العم و إنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصى هؤلاء فى تركة الأب ليس كوصى الأب فى الكبير الغائب (لأن وصيهم قائم مقامهم و هم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم. قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و الوصى (١) أحق بمال الصغير من الجد و قال الشافعى رحمه الله تعالى الجد أحق) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه و لنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه) أى إلى الوصى (فكانت ولايته) أى ولاية الموصى (قائمة معنى فيقدم عليه) أى فيقدم الوصى على الجد (كالأب نفسه) فانه يقدم على الجد (و هذا) توضيح لما قبله (لأن اختياره الوصى مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه) أى تصرف الوصى (أنظر لبنيه من تصرف أبيه) أى أب الموصى و هو الجد (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه و أشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح) أى إنكاح أولاد ابنه (دون الوصى) فإنه لا يملك (غير أنه يقدم عليه وصى الأب فى التصرف لما بيناه) إشارة إلى قوله و لنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب إليه و الله أعلم.

---

(١)و الوصى أحق الخ. و فى الشامية: الولاية فى مال الصغير للأب ثم وصيه ثم وصى وصيه و لو بعد فلو مات الأب و لم يوص فالولاية لأب الأب ثم وصيه ثم وصى وصيه فان لم يكن فللقاضى و منصوبه و لو أوصى إلى =>

فصل في الشهادة

قال و إذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معينا لأنفسهما. قال إلا أن يدعيها المشهود له و هذا استحسان و هو في القياس كالأول

(فصل في الشهادة)

أى هذا فصل فى بيان أحكام الشهادة فى الوصية و إنما أخر ذكر الشهادة فى الوصية لكونها عارضة فيها غير أصلية و الأصل عدم العارض. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما) أى مع الوصيين (فالشهادة باطلة) و علل المصنفؒ بقوله (لأنهما متهمان فيها) أى فى هذه الشهادة (لاثباتهما (١) معينا (٢) لأنفسهما) قال عليه الصلاة و السلام لا شهادة لمتهم و هذا لا نعلم فيه خلافا. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع (إلا أن يدعيها المشهود له) أى إلا أن يدعى الوصاية المشهود له فحينئذ تقبل شهادتهما قال المصنفؒ (و هذا استحسان) أى قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية استحسان (و هو القياس كالاول) أى كالوجه الأول و هو البطلان و ذكر وجه القياس بقوله

=> رجل و الأولاد صغار و كبار فمات بعضهم و ترك ابنا صغيرا فوصي الجد وصي لهم يصح بيعه عليه كما صح على أبيه في غير العقار فليحفظ و أما وصى الأخ و الأم و العم و سائر ذوى الأرحام ففى شرح الاسبيجابى أن لهم بيع تركة الميت لدينه أو وصيته إن لم يكن أحد ممن تقدم لا بيع عقار الصغار إذ ليس لهم إلا حفظ المال و لا الشراء للتجارة و لا التصرف فيما يملكه الصغير من غير جهة موصيهم مطلقا لأنهم بالنظر إليه أجانب نعم لهم شراء ما لا بد منه من الطعام و الكسوة و بيع منقول ورثة اليتيم من جهة الموصى لكونه من الحفظ لأن حفظ الثمن أيسر من حفظ العين اه من أدب الأوصياء و غيره و فى جامع الفصولين و الأصل فيه أن أضعف الوصيين فى أقوى الحالين كأقوى الوصيين في أضعف الحالين و أضعف الوصيين وصى الأم و الأخ و العم و أقوى الحالين حال صغر الورثة و أقوى الوصيين وصى الأب و الجد و القاضي و أضعف الحالين حال كبر الورثة ثم وصى الأم فى حال صغر الورثة كوصى الأب فى حال كبر الورثة عند غيبة الوارث فللوصى بيع منقوله لا عقاره كوصى الأب حال كبرهم اه قال فى الخانية فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين الوصى و أب الميت فلوصى الميت بيع التركة لقضاء الدين و تنفيذ الوصية و أب الميت له بيعها لقضاء الدين على الأولاد لا لقضاء الدين على الميت قال شمس الأئمة الحلوانىؒ هذه فائدة تحفظ من الخصافؒ و أما محمد رحمه الله تعالى فأقام الجد مقام الأب و بقول الخصافؒ يفتى اه و فى جامع الفصولين للجد بيع العروض و الشراء إلا أنه لو باع التركة لدين أو وصية لم يجز بخلاف وصى الأب اه قال ط فيرفع الغرماء أمرهم إلى القاضي ليبيع لهم بقدر ديونهم و كذا الموصى لهم اه. (١)لاثباتهما معينا لأنفسهما و حينئذ فيضم القاضى لهما ثالثا وجوبا لاقرارهما بآخر فيمتنع تصرفهما بدونه كما تقرر درمختار.

(٢)معينا. اسم فاعل من أعان شامية.

لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط (١) بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي. قال و كذلك الابنان معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل و هو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة و لو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود. به قال و إن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز و إن كان في غير مال الميت جاز و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا

(لما بينا من التهمة) و هي أنهما أثبتا بهذه الشهادة معينا لأنفسهما (وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما) أي إلى الوصيين (برضاه) أي برضى الآخر (بدون شهادتهما) لأن الولاية للقاضي لا تكون بهذه الشهادة فإذا كان كذلك (فتسقط (٢) بشهادتهما مؤنة التعيين عنه) أي عن القاضي مثاله أن القرعة ليست بحجة و يجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين (أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) فلا يحتاج إلى الشهادة لأن الشاهدين لو سألا القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصيا و هو راغب فيه أجابهما إلى ذلك بخلاف الوكالة فإنهما لو سألاه أن يوكل هذا الرجل عن أبيهما لا يفعل لأنه ليس له ولاية في مال أبيهما. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع (و كذلك الابنان) هذا معطوف على المستثنى منه و هو قوله فالشهادة باطلة و قال المصنف (معناه) أي معنى قول محمد رحمه الله تعالى و كذلك الابنان (إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل و هو ينكر) أي و الحال أن ذلك الرجل ينكر الوصاية (لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة) و فيه تهمة فلا تقبل (و لو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره) أي أو غير مال الميت (فشهادتهما باطلة لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به. قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن شهدا) أي و إن شهد الوصيان (لوارث كبير في مال الميت لم يجز و إن كان في غير مال الميت جاز و هذا) أي هذا التفصيل (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

---

(١)فيسقط. ن. فتسقط. (٢)فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أي عن القاضي إذ يجب عليه أن يضم إليهما ثالثا فيكون وصيا معهما بنصب القاضي إياه زيلعي أقول ظاهره أن لهذا الثالث حكم وصي القاضي لا حكم وصي الميت و أن الشهادة لم تؤثر سوى التعيين تأمل شامي.

إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة و له أنه يثبت لهما ولاية الحفظ و ولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها. قال و إذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم و شهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فإن (١) كانت شهادة كل فريق للآخر (٢) بوصية ألف درهم لم تجز و هذا قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا تقبل في الدين أيضا و أبو حنيفة رحمه الله تعالى فيما ذكر الخصاف رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى

(إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين) أي تجوز شهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت و في غير مال الميت (لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كبارا فعريت) أي الشهادة (عن التهمة و له) أي لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه يثبت لهما ولاية الحفظ و ولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه) أي عن غير التركة (لأن الميت أقامه) أي الوصي (مقام نفسه في تركته لا في غيرها) أي لا في غير تركته. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع (و إذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم و شهد الآخران للأولين مثل ذلك جازت شهادتهما و إن كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية ألف درهم لم تجز و هذا قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال (٣) أبو يوسف رحمه الله تعالى لا تقبل) أي الشهادة (في الدين أيضا و أبو حنيفة رحمه الله تعالى فيما ذكر الخصاف رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى) و لفظ الخصاف في كتاب أدب القاضي لو أن رجلا مات بدين ألف درهم و ترك لورثته مالاً فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم فإن أبا حنيفة و ابن أبي ليلى و أبا يوسف رحمهم الله تعالى قالوا الشهادة باطلة و روى محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في الجامع الصغير عن أبي حنيفة أن الشهادة جائزة و

---

(١)فان. ن. و إن. (٢)للآخر. ن. للآخرين. (٣)قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الخ. و في الشامية: قال الشيخ قاسم في حاشية المجمع و على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى اعتمد النسفي و المحبوبي قال المقدسي إن أراد النسفي صاحب الكنز فان ما فيه قول محمد رحمه الله تعالى و هو قبولها في الدين فقط ثم قال و ينبغي عند الفتوى في مثل هذا إن كان الشهود معروفين بالخير أن يعمل بقول محمد رحمه الله تعالى و إلا فبقول أبي يوسف رحمه الله تعالى اه ط عن شرح الحموي.

و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مثل قول محمد رحمه الله تعالى وجه القبول أن الدين يجب في الذمة و هي قابلة لحقوق شتى فلا شركة و لهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت و لهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة. قال و لو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته و شهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لأنه

روى الحسن بن أبي زياد رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنهم إن جاءوا معا فالشهادة باطلة (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مثل قول محمد رحمه الله تعالى) أي تجوز شهادة كل فريق في حق الدين و لا تجوز في الوصية قال الكاكي و إنما خص قول محمد رحمه الله تعالى هنا مع أنه قيل هذا قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لتقرر قول محمد رحمه الله تعالى في ذلك و اضطراب قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فصار عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى كذلك و عن محمد رحمه الله تعالى رواية واحدة (وجه القبول) أي قبول الشهادة (أن الدين يجب في الذمة و هي) أي الذمة (قابلة لحقوق شتى) أي كثيرة متفرقة (فلا شركة) أي في ذلك فلا تهمة (و لهذا) أي و لأجل عدم الشركة (لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد) أي رد الشهادة أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت و لهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه) أي في الذي استوفاه (فكانت (١) الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة) فلا تقبل الشهاده (بخلاف حال حياة المديون لأنه) أي لأن الدين (في الذمة لبقائها) أي لبقاء الذمة (لا في المال) و لهذا لما يأخذه أحد لا يكون للآخر أن يشاركه فيه فإذا كان كذلك (فلا تتحقق الشركة) فلا تهمة فيه. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع (و لو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته و شهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لأنه

---

(١) فكانت الشهادة الخ. لا يقال إن لهما في هذه الشهادة مضرة و هو أن لا تسع التركة حق الفريقين فينتقص حقهما بالشركة لأنا نقول هذا توهم عسى يتحقق و عسى لا يتحقق و منفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحققة فيرد الشهادة لهذا كفاية.

لا شركة فلا تهمة و لو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله و شهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة و كذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد و شهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهى باطلة لأن الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة.

كتاب الخنثى

فصل فى بيانه

قال و إذا كان للمولود فرج و ذكر فهو خنثى

لا شركة فلا تهمة و لو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله و شهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة و كذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد و شهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهى باطلة لأن الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة) و ذلك لأنهم يشتركون فى ثلث العبد.

(كتاب (١) الخنثى)

أى هذا كتاب فى بيان أحكام الخنثى.

(فصل فى بيانه)

أى هذا فصل فى بيان الخنثى قال الأكملُ فإن قيل الفصل إنما يذكر لقطع شىء من شىء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما و ههنا لم يتقدم شىء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه فى قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل فى بيان الخنثى و فصل فى أحكامه. (قال) أى القدورىُّ فى مختصره (و إذا كان للمولود فرج و ذكر فهو (٢) خنثى) أراد بالفرج هنا و هو قبل المرأة و إلا فالفرج

(١) كتاب الخنثى. أخر كتاب الخنثى لوقوع الخنثى نادرا لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة إما آلة الرجل و إما آلة الأنثى و اجتماع الآلتين فى شخص واحد فى غاية الندرة و لكن قد يقع ذلك فيحتاج إلى بيان حكمه فلأجل هذا ذكره و أخره عن سائر الكتب نتائج عن غاية و اعلم أن الله تعالى خلق بنى آدم ذكورا و إناثا كما قال و بث منهما رجالا كثيرا و نساء (النساء: ١) و قال يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور (الشورى: ٤٩) و قد بين حكم كل واحد منهما و لم يبين حكم من هو ذكر و أنثى فدل على أنه لا يجتمع الوصفان فى شخص واحد و كيف يجتمعان و بينهما مضادة كفاية. (٢) فهو خنثى و يلحق به من عرى (بكسر الراء) عن الآلتين جميعا زيلعى و يدل عليه قول محمد رحمه الله تعالى هو عندنا و الخنثى المشكل فى أمره سواء فقد سوى بينهما فى الحكم لا فى الدلالة قال الاتقانىُّ و قد يقع الاشتباه بعدم آلة التمييز أصلا بأن يولد ولد ليس له آلة الذكر و لا آلة الأنثى و هذا أبلغ وجهى الاشتباه و لهذا بدأ محمد رحمه الله تعالى كتاب الخنثى به اه و كونه أبلغ فى الاشتباه لا يدل على تسميته خنثى لغة و لذا قال القهستانىُّ و إن لم يكن له شىء منهما و خرج بوله من سرته ليس بخنثى و لذا قال =>

فإن كان يبول من الذكر فهو غلام و إن كان يبول من الفرج فهو أنثى لأن النبي عليه الصلاة و السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول و عن علي رضي الله تعالى عنه مثله و لأن البول من أيّ عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح و الآخر بمنزلة العيب

يطلق على قبل المرأة و الرجل باتفاق أهل اللغة كما في المغرب و فيه و تركيب الخنث يدل على لين و تكسر و منه المخنث و تخنث في كلامه و هو على وزن فعلى و جمعه خناثى بالفتح كحبلى و حبالى (فإن كان يبول من الذكر فهو غلام و إن كان يبول من الفرج فهو أنثى لأن النبي ﷺ سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول) هذا الحديث رواه (١) ابن عديّ في الكامل من حديث أبي يوسف القاضي عن الكلبي أبي صالح عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن مولود ولد له قبل و ذكر من أين يورث فقال النبي ﷺ من حيث يبول و من طريق ابن عدى رواه البيهقيّ في المعرفة في الفرائض و غده ابن عديّ من منكرات الكلبي و قال البيهقيّ الكلبي لا يحتج به و رواه ابن الجوزيّ في الموضوعات من جهة ابن عدى و قال البلاء فيه من الكلبي انتهى قلت أبو يوسف رحمه الله تعالى إمام مجتهد ثقة كيف يروى عن الكلبي مع علمه بأنه لا يحتج به و لو لم يعلم أنه ثقة لما روى عنه و قد أيده أيضا ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه فقال المصنفّ (و عن علي رضي الله تعالى عنه مثله) رواه (٢) عبدالرزاقّ في مصنفه في الفرائض قال أخبرنا الثوري عن مغيرة عن الشعبي عن علي رضي الله تعالى عنه أنه ورث خنثى ذكرا من حيث يبول و رواه (٣) ابن أبي شيبةّ في مصنفه عن هشيم عن مغيرة عن سماك عن الشعبي عن علي رضي الله تعالى عنه في الخنثى قال يورث من قبل مباله و روى (٤) ابن أبي شيبةّ في مصنفه حدثنا الحسن بن كثير الأحمسي عن أبيه أن معاوية أتى في خنثى فأرسلهم إلى عمر رضي الله تعالى عنه فقال يورث من حيث يبول و روى (٥) عبدالرزاقّ في مصنفه عن سعيد بن المسيبّ نحوه و زاد فإن كانا في البول سواء فمن حيث سبق (و لأن البول من أيّ عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح و الآخر بمنزلة العيب) و قال ابن المنذرّ أجمع أهل العلم

=> أبو حنيفة و أبو يوسف رحمهما الله تعالى لا ندرى اسمه كما في الاختيار و قال محمد رحمه الله تعالى إنه في حكم الخنثى اه فافهم شامية. (١)رواه ابن عديّ الخ. كذا في نصب الراية ص٤١٧ ج٤. (٢)رواه عبدالرزاقّ في الفرائض (باب) خنثى ذكر ص٣٠٨ ج١٠. (٣)رواه ابن أبي شيبةّ في الفرائض (باب) في الخنثى يموت كيف يورث ص٣٤٩ ج١١. (٤)روى ابن أبي شيبة في الباب المذكور آنفا ص٣٥٠ ج١١. (٥)روى عبدالرزاقّ في الباب المذكور آنفا ض٣٠٩ ج١٠ و ابن أبي شيبةّ في الباب المذكور آنفا ص٣٥٠ ج١١.

و إن بال منهما فالحكم للأسبق لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي و إن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ينسب إلى أكثرهما بولا لأنه علامة قوة ذلك العضو و كونه عضوا أصليا و لأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة و له أن كثرة الخروج ليس تدل على القوة لأنه قد يكون لاتساع (١) في أحدهما و ضيق في الآخر و إن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح. قال و إذا بلغ الخنثى

على أن الخنثى يورث من حيث يبول و هكذا كان الحكم في الجاهلية فقرره الشرع (و إن بال منهما فالحكم للأسبق لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي و إن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى في أحد الوجهين فكان خنثى مشكلا و فيه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أدرى (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ينتسب إلى أكثرهما بولا) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و أحمد و الأوزاعي و المزني رحمهم الله تعالى (لأنه علامة قوة ذلك العضو و كونه عضوا أصليا و لأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن كثرة الخروج لا تدل على القوة لأنه قد يكون للإتساع في أحدهما و ضيق في الآخر) و لما أخبر أبو يوسف رحمه الله تعالى أبا حنيفة رحمه الله تعالى بجوابه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى هل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواني و توقف أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الجواب و قال لا أدرى و هذا من علامة فقه الرجل و ورعه و عدم تخبطه في الجواب فانه استبعد ذلك لأنه لا طريق للتمييز بالرجوع إلى المعقول و لم يجد فيه نصا فتوقف كما قالوا جميعا عند استواء الكثرة لا علم لنا بذلك و سئل ابن عمر رضي الله تعالى عنهما عن مثله فقال لا أدرى كذا في المبسوط و الاسرار و إن استويا في الكثرة فهو مشكل عند الجمهور و حكى عن علي و الحسن رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا تعد أضلاعه فان أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل و قال جابر بن زيد رحمه الله تعالى يوقف إلى جانب حائط فإن بال عليه فهو رجل و إن تسلسل بين فخذيه فهي امرأة و كلا القولين ليس بصحيح (و إن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح) حتى يحكم بالترجيح. (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا بلغ الخنثى)

---

(١) لاتساع. ن. للاتساع.

و خرجت له (١) لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل و كذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدى مستو لأن هذه من علامات الذكران و لو ظهر له ثدى كثدى المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة لأن هذه من علامات النساء و إن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل و كذا إذا تعارضت هذه المعالم.

فصل فى أحكامه

قال الأصل فى الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط و الأوثق فى أمور الدين و أن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته. قال و إذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال و النساء

يعنى هذا الذى قلنا ما دام صغيرا فإذا بلغ (و خرجت لحيته أو وصل إلى النساء فهو رجل و كذا إذا احتلم كما يحتلم (٢) الرجل أو كان له ثدى مستو لأن هذه من علامات الذكران و لو ظهر له ثدى كثدى المرأة أو نزل له لبن (٣) فى ثديه أو حاض أو حبل (٤) أو أمكن (٥) الوصول إليه من الفرج فهو إمرأة لأن هذه من علامات النساء و إن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل و كذا إذا تعارضت (٦) هذه المعالم) و لو كان شخص لا مبال له بل له مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يبول و يتغوط أو لا مخرج له لا قبل و لا دبر و إنما يتقيأ ما يأكله و يشربه و حكى في بعض البلاد هذا فهو فى حكم الخنثى المشكل كذا في المغنى لابن قدامةّ و فى المحيط فى المنتقى قال أبو يوسف و أبو حنيفة رحمهما الله تعالى ما أدرى ما أقول فى هذا و الله أعلم.

(فصل فى أحكامه)

أى هذا فصل فى بيان أحكام الخنثى و تذكير الضمير الراجع إلى الخنثى لتغليب الذكر على الأنثى لأن فيه جهة الذكورة و جهة الأنوثة (الأصل فى الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط و الأوثق فى أمور الدين و أن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك فى ثبوته) قال المشكل و لم يقل المشكلة لأنه لما لم يعلم تذكيره و تأنيثه و الأصل هو الذكر لأن حواء عليها السلام خلقت من ضلع آدم عليه السلام اعتبره. (قال) أى القدورىّ (و إذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال و النساء

---

(١)له لحية. ن. لحيته. (٢) كما يحتلم الرجل بأن خرج منيه من الذكر شامى عن ط. (٣)لبن فى ثديه كلبن النساء و إلا فالرجل قد يخرج من ثديه لبن شامية فان قيل ظهور الثديين علامة مستقلة فلا حاجة إلى ذكر اللبن قيل لأن اللبن قد ينزل و لا ثدى أو يظهر له ثدى لا يتيمز من ثدى الرجل فاذا نزل اللبن وقع التميز جوهرة. (٤)أو حبل بأن أخذ المنى بقطنة و أدخله فرجه فحبل شامى عن ط عن سرى الدين. (٥)أو أمكن الوصول إليه من الفرج بأن اطلع عليه النساء فذكرن ذلك أفاده ط شامية. (٦)إذا تعارضت هذه المعالم كما إذا نهد ثديه و نبتت لحيته معا أو أمنى بفرج الرجل و حاض بفرج المرأة أو بال بفرجها و أمنى بفرجه شامى عن قهستانى.

لاحتمال أنه امرة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم و لا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته فإن قام في صف النساء فأحب إليّ أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل و إن قام في صف الرجال فصلاته تامة و يعيد الذى عن يمينه و عن يساره و الذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا لاحتمال أنه امرأة قال و أحب إلينا أن يصلى بقناع لأنه يحتمل أنه امرأة و يجلس في صلاته جلوس المرأة لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة و هو جائز في الجملة و إن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن الستر على النساء واجب ما أمكن و إن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد لاحتمال أنه امرأة و هو على الاستحباب و إن لم يعد

لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم و لا النساء) أى و لا يتخلل النساء (لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته فان قام في صف النساء فأحب إليّ أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) إنما قال أحب إليّ ولم يقل وجب مع أن فيها جهة الفساد و في العبادات جهة الفساد راجحة لما أن فساد الصلاة بجهة المحاذاة مختلف فيه و في كونه رجلا أيضا احتمال فصار بمنزلة شبهة الشبهة فلذلك قال أحب إليّ أشار إليه في المبسوط و في الذخيرة هذا حال كونه مراهقا فأما لو كان بالغا يجب الإعادة لترجيح جهة الفساد (و إن قام في صف الرجال فصلاته تامة و يعيد الذى عن يمينه و عن يساره و الذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا لاحتمال أنه امرأة) إنما قال احتياطا لأن مبنى العبادة على الاحتياط و محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم (قال) لفظ قال هنا لم يقع في محله لأنه إنما يذكر إما لمحمد رحمه الله تعالى و إما للقدوريّ و لم يذكر هذه المسألة إلا في الأصل و كذلك لم يقع في نسخة شيخي العلاءّ (و أحب إلينا أن يصلى بقناع لأنه يحتمل أنه امرأة و يجلس في صلاته جلوس المرأة) و فسر السرخسيّ هذا بقوله معناه أن يخرج رجليه من جانب و يفضي باليتيه إلى الأرض لأنه أقرب إلى الستر (لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة و هو جائز في الجملة) كما في حالة الضعف (و إن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن التستر على النساء واجب ما أمكن و إن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) أى صلاته (لاحتمال أنه امرأة و هو (١) على الاستحباب) هذا قبل البلوغ فأما بعد البلوغ تجب الإعادة (و إن لم يعد

---

(١)و هو على الاستحباب أى الأمر باعادة الصلاة إذا صلى بغير قناع على الاستحباب لأن الفساد موهوم و المسقط و هو الأداء معلوم كفاية. (١)و هو على الاستحباب يعنى إذا كان غير بالغ و أما إذا بلغ بالسن و لم يظهر فيه شيء من علامات الرجال أو النساء فالاعادة واجبة عناية.

أجزأه و تبتاع له أمة تختنه إن كان له مال لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة و يكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الإحتياط فيما قلنا و إن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال لأنه أعد لنوائب المسلمين فإذا ختنته باعها و رد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها و يكره له في حياته لبس الحلي و الحرير و أن يتكشف (١) قدام الرجال أو قدام النساء و أن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة و أن يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم و إن أحرم و قد راهق

أجزأه) لأنه ترك الاستحباب (و تبتاع (٢) له أمة تختنه إن كان له مال لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة) قال الكاكي هذا التعليل يصح في حق الرجل و لا يصح في حق المرأة لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها مطلقا و قال الأترازي فيه نظر لأن ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر (و يكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى) أي لعله أنثى (أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا) من شراء الامة (و إن لم يكن له مال ابتاع له الإمام) أي اشترى له الامام (أمة من بيت (٣) المال لأنه) أي بيت المال (أعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها و رد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها) أي عن الأمة (و يكره له في حياته لبس الحلي و الحرير) و في النهاية و ليس في قيد الحياة زيادة فائدة لما أنه بعد الموت كذلك (و أن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء) و المراد بالإنكشاف هو أن يكون في إزار واحد لا إبداء موضع العورة لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا (و أن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة و أن يسافر من غير محرم من (٤) الرجال توقيا عن احتمال المحرم) أي عن ارتكابه (و إن أحرم و قد راهق

(١)يتكشف. ن. ينكشف. (٢)و تبتاع له أمة الخ. هذا إذا كان مراهقا و إلا فللرجل أن يختنه قهستاني عن الكرماني أقول تقدم في شروط الصلاة عن السراج أنه لا عورة للصغير جدا ثم ما دام لم يشته فقبل و دبر ثم تتغلظ إلى عشر سنين ثم كبالغ اه تأمل شامي. (٢) و تبتاع له أمة الخ. أو يزوج امرأة ختانة لتختنه لأنه إن كان ذكرا صح النكاح و إن أنثى فنظر الجنس أخف ثم يطلقها و تعتد إن خلا بها احتياطا در مختار هذا أي التزويج قول الحلواني قال في الكفاية و ذكر شيخ الاسلام أنه لا يفيد لأن النكاح موقوف و النكاح الموقوف لا يفيد إباحة النظر إلى الفرج أقول و قد يجاب بأن كونه موقوفا إنما هو من حيث الظاهر و إلا فالنكاح في نفس الأمر إما صحيح إن كان ذكرا فيحل النظر و إما باطل إن كان أنثى فيكون فيه نظر الجنس إلى الجنس فهو مفيد على كل حال بناء على ما في نفس الأمر تدبر شامية. (٣)من بيت المال هذا إذا كان أبوه معسرا و إلا فمن ماله شامي عن قهستاني عن الذخيرة.
(٤)من الرجال. قيد به لأنه يكره أن يسافر مع امرأة و لو محرما لجواز كونه أنثى فيكون سفر امرأتين بلا محرم لهما و ذلك حرام كفاية و شامي عن اتقاني.

قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا علم لي في لباسه لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط و إن كان انثى يكره له تركه و قال محمد رحمه الله تعالى يلبس لباس المرأة لأن ترك لبس المحيط و هو (١) امرأة أفحش من لبسه و هو رجل و لا شيء عليه لأنه لم يبلغ و من حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى لأن الحنث لا يثبت بالشك و لو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة و له مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا و إن قال القولين جميعا عتق للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل و إن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلا لأنه دعوى يخالف قضية الدليل

قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا علم لي في لباسه لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط و إن كان أنثى يكره له تركه) أي ترك لبس المخيط و إنما قال ذلك لاشتباه حاله و عدم مرجح (و قال محمد رحمه الله تعالى يلبس لباس المرأة لأن ترك لبس المخيط و هي امرأة أفحش (٢) من لبسه و هو رجل و لا شيء عليه لأنه لم يبلغ) فلا يكون جناية (و من حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع) أي شيء من الطلاق و العتاق (حتى يستبين أمر الخنثى لأن الحنث (٣) لا يثبت بالشك و لو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة و له مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الحنث لا يثبت بالشك (و إن قال القولين جميعا عتق) يعني إذا قال كل عبد لي حر و كل أمة لي حرة عتق المملوك الخنثى (للتيقن بأحد الوصفين) و لا فرق أن يكون ذكرا في الواقع أو أنثى فأيا مّا كان يعتق بأحد اليميتين (لأنه ليس بمهمل) يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين (و إن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة) أي أو قال أنا امرأة (لم يقبل قوله إذا كان (٤) مشكلا لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) لأنه يقتضي بقاء الإشكال و هو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف مالم يعلم به غيره حاصله أنه مجازف

---

(١)هو. ن. هي. (٢)أفحش الخ. لأن لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر و اشتباه أمره من أبلغ الأعذار و أما ترك الستر للمرأة فغير جائز في حال من الأحوال و لبس المخيط أقرب إلى الستر و مبنى حال المرأة على الستر كما في غير حالة الاحرام كفاية. (٣)لأن الحنث لا يثبت بالشك لأن مع الاشكال لا يتيقن بوجود الشرط و المعلق بالشرط لا ينزل مالم يوجد الشرط حقيقة فكان هذا نظير ما لو قال إن لم أدخل دار فلان فعبده حر ثم مات و لم يعلم أ دخل أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى فكذلك ههنا كفاية. (٤) إذا كان مشكلا أي إذا كان قد علم أنه مشكل قاضي زاده.

و إن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله من غيره و إن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل و لا امرأة لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال و النساء فيتوقى لاحتمال الحرمة و يتيمم (١) بالصعيد لتعذر الغسل و لا يحضر إن كان مراهقا غسل رجل و لا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى و إن سجي قبره فهو أحب لأنه إن كان أنثى نقيم واجبا و إن كان ذكرا فالتسجية لا تضره و إذا مات فصلى عليه و على رجل و امرأة وضع الرجل مما يلي الإمام

فيما يخبر به عن نفسه فانه لم يعلم من ذلك إلا ما يعلم غيره (و إن لم يكن (٢) مشكلا ينبغي (٣) أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله من غيره) قال الأترازيّ في هذا التعليل نظر لأنه إنما لا يكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قول الخنثى بعد ذلك انتهى قيل إنما قال ينبغي أن يقبل قوله بلفظ ينبغي لأن حكمه غير مذكور فلم يتيقن به (و إن مات) أي الخنثى (قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل و لا امرأة لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال و النساء) أي غسل الرجل المرأة و عكسه غير ثابت في الشرع (فيتوقى لاحتمال الحرمة) فان النظر إلى العورة حرام و الحرمة لم تنكشف بالموت فتعذر غسله لانعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به (و يتيمم بالصعيد لتعذر الغسل) و يتيمم مع الخرقة إن يممه الأجنبي و بغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت و ينظر الميمم إلى وجهه و يعرض وجهه عن ذراعيه لاحتمال (٤) أن يكون امرأة (و لا يحضر (٥)) أي الخنثى (إن كان مراهقا غسل رجل و لا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى و إن سجي قبره فهو أحب لأنه إن كان أنثى نقيم واجبا و إن كان ذكرا فالتسجية لا تضره و إذا مات فصلى عليه و على رجل و امرأة وضع الرجل مما يلي الإمام

(١)يتيمم. ن. ييمم. (٢)إن لم يكن مشكلا أي إن لم يعلم أنه مشكل قاضي زاده و به سقط نظر الأترازيّ. (٣)ينبغي أن يقبل قوله لأن الانسان أمين في حق نفسه و القول قول الأمين مالم يعرف خلاف ما قال ألا ترى أن المعتدة إذا قالت انقضت عدتي و أنكر الزوج كان القول قولها مالم يعرف خلاف قولها كفاية (فائدة) قال السيد قدس سره في شرح الفرائض و قوله أي قول الخنثى مقبول فيما كان من هذه الأمور باطنا لا يعلمه غيره ثم قال و إذا أخبر الخنثى بحيض أو مني أو ميل إلى الرجال أو النساء يقبل قوله و لا يقبل رجوعه بعد ذلك إلا أن يظهر كذبه يقينا مثل أن يخبر بأنه رجل ثم يلد فانه يترك العمل بقوله السابق اه شامية. (٤)لاحتمال أن يكون امرأة و لا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد عناية و كذا لو كانت له أمة فان ملكه و إن بقي بعد موته إلا أن الأمة لا تغسل سيدها بخلاف الزوجة و به اندفع ما أورده ابن الكمالّ من بقاء ملكه كما حرره في الدر المنتقى شامية. (٥)لا يحضر أي لا يغسل رجلا و لا امرأة نهاية و معراج و التقييد بالمراهق لكونه بعد البلوغ لا يبقى مشكلا غالبا اه شامية.

و الخنثى خلفه و المرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة و يقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل و لو دفن مع رحل فى قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة و يجعل بينهما حاجز من صعيد و إن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل و إن كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إليّ لاحتمال أنه عورة و يكفن كما تكفن الجارية و هو أحب إليّ يعنى يكفن فى خمسة أثواب لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة و إن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث و لا بأس بذلك و لو مات أبوه و خلف ابنا فالمال بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أثلاثا للابن سهمان و للخنثى سهم و هو انثى عنده فى الميراث إلا أن يتبين غير ذلك و قالا للخنثى نصف ميراث ذكر و نصف ميراث انثى و هو

و الخنثى خلفه و المرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة و يقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل و لو دفن مع رجل فى قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة و يجعل بينهما حاجز من صعيد و إن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل و إن كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إليّ لاحتمال أنه عورة) و النعش شبه الملحفة مشبك يطبق على المرأة إذا وضعت على الجنازة و فى الذخيرة و إن حمل الخنثى مقلوبا فهو أحب إليّ و معنى المقلوب أنه إذا كان للجنازة قوائم تقلب و تجعل القوائم التى أسفل الجنازة أعلاها ثم حمل عليه لأنه لا بد أن يلقى عليه ثوب فاذا جعلت الجنازة مقلوبة يلقى الثوب على القوائم فيكون أستر له مما حمل على ظاهر الجنازة و إن لم يكن لها قوائم وضع على ظاهر الجنازة و وضع عليه النعش فيكون أستر له فإن كان امرأة فهو السنة و إن كان رجلا فالنعش لا يضره (و يكفن كما تكفن الجارية و هو أحب إليّ يعنى يكفن فى خمسة أثواب لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة و إن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث و لا بأس بذلك) لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب فى حال الحياة فالزيادة على الثلاثة فى الكفن للرجل غير ضارة كما فى حال الحياة فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد من الثلاثة (و لو مات أبوه) أى أب الخنثى (و خلف ابنا) و خنثى (فالمال بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى للإبن سهمان و للخنثى سهم و هو) أى الخنثى (أنثى عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أثلاثا (فى الميراث) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول كذا ذكره بعضهم (إلا أن يتبين غير ذلك) هذا استثناء من قوله و هو أنثى عنده فى الميراث أى إلا أن يتبين غير كونه أنثى بأن يظهر فيه إحدى علامات الذكورة بلا تعارض فحينئذ يعتبر ذكرا (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (للخنثى نصف ميراث ذكر و نصف ميراث أنثى و هو

قول الشعبي رحمه الله تعالى و اختلفا في قياس قوله قال محمد رحمه الله تعالى المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة و للخنثى خمسة و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى المال بينهما على سبعة للابن أربعة و للخنثى ثلاثة لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد و الخنثى ثلاثة الأرباع فعند الإجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة و ذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة و لمحمد رحمه الله تعالى أن الخنثى لو كان ذكرا

قول الشعبي رحمه الله تعالى) و ذكر القدوري قول محمد رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى و كذلك أثبت المصنف في الكتاب و كذا ذكره أبو نصر البغدادي و في عامة الكتب ذكر قول محمد رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال الكاكي ذكر في عامة كتب أصحابنا أن للخنثى المشكل أقل النصيبين يعني أسوأ الحالين عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و به قال أبو يوسف رحمه الله تعالى أولاً و عليه الفتوى و هو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى آخرا له نصف ميراث ذكر و نصف ميراث أنثى و هو قول (١) أحمد و ابن أبي ليلى و الثوري و شريك و الحسن بن صالح و أهل المدينة و أهل مكة رحمهم الله تعالى و ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و قال الشافعي و أبو ثور و داود و ابن جرير رحمهم الله تعالى يعطى له اليقين و هوميراث أنثى و يوقف الباقي إلى أن يتبين الأمر أو يصطلحوا و فيه أقوال أخر شاذة (و اختلفا في قياس قوله) أي اختلف أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في تخريج قول الشعبي رحمه الله تعالى (قال محمد رحمه الله تعالى المال بينهما) أي بين الإبن و الخنثى (على اثني عشر سهما للابن سبعة و للخنثى خمسة و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى المال بينهما على سبعة للابن أربعة و للخنثى ثلاثة لأن الابن يستحق كل الميراث عند الإنفراد و الخنثى) يستحق (ثلاثة الأرباع فعند الإجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا) أي الخنثى (يضرب بثلاثة و ذلك) أي الابن (يضرب بأربعة فيكون سبعة و لمحمد رحمه الله تعالى (٢) أن الخنثى لو كان ذكرا

(١)و هو قول احمد الخ. كذا في المغني ص١١٥ ج٧. (٢)لمحمد رحمه الله تعالى الخ. أشار المصنف إلى اختيار قول محمد رحمه الله تعالى حيث أخر دليله و ذلك لأن الكل متفقون على تقليل نصيب الخنثى و ما ذهب إليه محمد رحمه الله تعالى أقل مما ذهب إليه أبو يوسف رحمه الله تعالى بسهم من أربعة و ثمانين سهما و طريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر تبلغ أربعة و ثمانين و حصة الخنثى من السبعة ثلاثة فاضربها في اثني عشر تكون ستة و ثلاثين و حصته من الاثني عشر خمسة فاضربها في السبعة تكون خمسة و ثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة و ثمانين عناية ملخصا و يقال لهذه الطريقة طريقة التجنيس و هو جعل الكسر من مقام واحد =>

يكون المال بينهما نصفين و إن كان انثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا إلى حساب له نصف و ثلث و أقل ذلك ستة ففى حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة و فى حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان و للابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين و وقع الشك فى السهم الزائد فيتنصف (١) فيكون له سهمان و نصف فانكسر فيضعف (٢) ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة و للابن سبعة و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الحاجة ههنا إلى اثبات المال ابتداء و الأقل و هو ميراث الأنثى متيقن به و فيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن به قصرا عليه لأن المال لا يجب بالشك و صار كما إذا كان الشك فى وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به و هو أن تكون الورثة زوجا و أما و أختا لأب و أم هى خنثى

يكون المال بينهما نصفين و إن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا إلى حساب له نصف و ثلث و أقل ذلك ستة ففى حال المال يكون بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة و فى حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان و للابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين و وقع الشك فى السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان و نصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة و للابن سبعة و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الحاجة ههنا إلى إثبات المال ابتداء) لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة و لا شيء منهما بمعلوم و إثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن (و الأقل و هو ميراث الأنثى متيقن به و فيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن به قصرا عليه لأن المال لا يجب بالشك و صار كما إذا كان الشك فى وجوب المال بسبب آخر) كما فى مسألة المفقود (فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا إلا أن يكون نصيبه الأقل) هذا استثناء من قوله فأثبتنا المتيقن به قصرا عليه يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى المتيقن و ما تجاوزنا عنه بإثبات الزيادة لأن المال لا يجب بالشك إلا أن يكون نصيبه الأقل (لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الإبن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به) و أشار إلى صورته بقوله (و هو أن تكون الورثة زوجا و أما و أختا لأب و أم هى خنثى) ففى

=> فالطريق فى معرفة التفاوت بين ما أعطى أبو يوسف رحمه الله تعالى و ما أعطى محمد رحمه الله تعالى هو أن يضرب ما أخذ الخنثى من تصحيح محمد رحمه الله تعالى فى تصحيح أبى يوسف رحمه الله تعالى أو وفقه و بالعكس ثم ينظر بين الحاصلين رافعى. (١)فيتنصف. ن. فينصف. (٢)فيضعف. ن. فاضعف.

أو امرأة و أخوين لأم و أختا لأب و أم هي خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف و للأم الثلث و الباقي للخنثى و في الثانية للمرأة الربع و للأخوين لأم الثلث و الباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما.

مسائل شتى

قال و إذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أ نشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك

هذه الصورة للزوج النصف و للأم الثلث فلو قدرنا الخنثى أنثى يكون لها النصف فتعول المسألة إلى ثمانية و لو قدرناه ذكرا يكون له الباقي من الستة و هو السدس فيعطى السدس لأنه أقل من النصف و صورة أخرى أشار إليها بقوله (أو امرأة) أي أو أن تكون الورثة امرأة (و أخوين لأم و أختا لأب و أم هي خنثى) أصل المسألة من اثني عشر فللمرأة الربع و للأخوين لأم الثلث فلو قدرنا الخنثى ذكرا يكون له الباقي و هو الخمسة و لو قدرناه أنثى يكون لها النصف و هو ستة فتعول المسألة إلى ثلاثة عشر فتعطى الخمسة لأنها أقل من الستة و أشار إلى ما يعطى في الصورة الأولى بقوله (فعندنا في الأولى) أي في الصورة الأولى (للزوج النصف و للأم الثلث و الباقي للخنثى) و قد بيناه الآن (و في الثانية) أي في الصورة الثانية (للمرأة الربع و للأخوين لأم الثلث و الباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما) و هو أسوأ الحالين (و الله أعلم).

(مسائل شتى)

أي هذه مسائل شتى (١) أي متفرقة من كل باب. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أ نشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ (٢) برأسه أي نعم أو كتب (٣)) أي أو كتب الأخرس نعم (فإذا جاء من ذلك) أي من الإيماء و

(١)شتى جمع شتيت فهو فعيل بمعنى فاعل حمل على فعيل بمعنى مفعول كمريض و مرضى و لذا جمع على فعلى شامي عن قهستاني. (٢)فأومأ برأسه أو حاجبه أو يده أو غير ذلك إذا عرف القاضي إشارته و إلا ينبغي أن يستخبر ممن يعرفها من اخوانه و أصدقائه و جيرانه حتى يقول بين يدى القاضي أراد بهذه الاشارة كذا و يفسر ذلك و يترجم حتى يحيط علم القاضي بذلك و ينبغي أن يكون عدلا مقبول القول لأن الفاسق لا قول له بيرى عن الولوالجية شامية.

(٣)أو كتب. اعترض المقدسي بأن الأخرس الخلقي لا يعرف الكتابة و لا يمكن تعريفه إياها لأنها بازاء الألفاظ المركبة من الحروف و هو لا ينطق و لا يسمع النطق اه أقول يمكن ذلك بتعريفه أن المعنى الفلاني يدل عليه بهذه الحروف المنقوشة على هذه الصورة تأمل شامي و ذكر السندي أنه رأى في قرية من اليمن رجلا أخرس خلقيا كان رواضا للخيل و كان إذا أشار إليه بكتب اسمه كتبه و إذا أمرناه أن يكتب الفاتحة كتبها بخط حسن جدا اه و ورد علينا أخرس قيل لي إنه خلقي من بيروت قاصدا الحج و هو يحسن الكتابة حتى بعض اللغات الافرنجية رافعي.

ما يعرف أنه إقرار فهو جائز و لا يجوز ذلك في الذى يعتقل لسانه و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز في الوجهين لأن المجوز إنما هو العجز و قد شمل الفصلين و لا فرق بين الأصلي و العارضي كالوحشي و المتوحش من الأهلي في حق الذكاة و الفرق لأصحابنا رحمهم الله تعالى أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة و ذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك و صارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس و لأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت أما الأخرس فلا تفريط منه و لأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي فلا يتقاسان (١)

الكتابة (ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) أى يحكم بجواز وصيته و لا نعلم فيه خلافا (و لا يجوز ذلك في الذى يعتقل لسانه) بضم الياء و فتح القاف على صيغة المجهول يقال اعتقل (٢) لسانه بضم التاء إذا احتبس عن الكلام و لم يقدر عليه و به قال الثورى و أحمد و الأوزاعى رحمهم الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز في الوجهين) أى في الأخرس و معتقل اللسان و به قال ابن المنذرّ (لأن المجوز إنما هو العجز و قد شمل الفصلين) أى الأخرس و معتقل اللسان (و لا فرق بين الأصلي و العارضي) أى لا فرق بين العجز الأصلي و العجز العارضي (كالوحشي و المتوحش من الأهلي) أى من الحيوان الأهلي (في حق الذكاة) بالذال المعجمة أى في حق الذكاة الاضطرارية (و الفرق) أى بين الأصلي و العارضي (لأصحابنا رحمهم الله تعالى أن الإشارة إنما تعتبر) و تقوم مقام النطق في حق الأخرس (إذا صارت معهودة معلومة و ذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه) لاحتمال أن يزول ما به من المرض فيطلق لسانه فلم تقم إشارته أو كتابته مقام العبارة لأن عجزه عارضي على شرف الزوال (حتى لو امتد ذلك) أى اعتقاله قال التمرتاشيّ حده سنة (و صارت له إشارات معلومة قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (هو بمنزلة الأخرس) و حكى الحاكمّ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة و يجوز الإشهاد عليه لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس قالوا و عليه الفتوى كذا ذكره المحبوبيّ (و لأن (٣) التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت أما الأخرس فلا تفريط منه و لأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي فلا يتقاسان) أى لا يقبلان القياس بخلاف الصغيرة و الآيسة لأن امتداد الطهر و ارتفاع الحيض على شرف

---

(١)فلا يتقاسان.ن.فلا ينقاسان. (٢)اعتقل الخ. كذا في المغرب. (٣)و لأن التفريط الخ. قال قاضى زادهّ لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضى أن لا يجوز إشارة معتقل اللسان و لو امتد اعتقاله لأن تاخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضا مع أنهم قالوا إن هذا بمنزلة الأخرس في الحكم كما صرح به المصنفّ فيما قبل.

و في الآبدة عرفناه بالنص. قال و إذا كان الأخرس يكتب كتابا أو يومئ إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه و طلاقه و عتاقه و بيعه و شراؤه و يقتص له و منه و لا يحد و لا يحد له أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ألا ترى أن النبي عليه الصلاة و السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة و تارة بالكتابة إلي الغيب و المجوز في حق الغائب العجز و هو في حق الأخرس أظهر و ألزم ثم الكتابة علي ثلاث مراتب مستبين مرسوم

الزوال دون الصغر و الإياس (و في الآبدة) من أبدت البهيمة أبودا و تأبدت أي توحشت و الجمع الأوابد و هو جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى كالوحشي و المتوحش (عرفناه بالنص) و هو ما روى (١) البخاريّ عن رافع بن خديج رضي الله تعالى عنه قال كنا مع النبي ﷺ بذي الحليفة الحديث و فيه فند منها بعير فطلبوه فأعياهم و كان في القوم خيل يسيرة فأهوى رجل منهم بسهم فحبسه الله ثم قال النبي ﷺ إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا. (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان الأخرس يكتب كتابا أو يومئ إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه و طلاقه و عتاقه و بيعه و شراؤه و يقتص له) إذا كان مقتولا (و منه) أي و يقتص منه إذا كان قاتلا (و لا يحد) أي الأخرس إذا كان قاذفا (و لا يحد له) أي للأخرس إذا كان مقذوفا (أما الكتابة فلأنها ممن نأى) أي بعد (بمنزلة الخطاب ممن دنا) أي قرب لأن الكتابة جعلت مقام العبارة في حق الغائب للعجز عن النطق باللسان و العجز في حق الأخرس ألزم ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن النبي ﷺ أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة و تارة بالكتابة إلي الغيب) ففي الصحيحين (٢) عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ كتب إلي قيصر يدعوه إلي الإسلام و بعث بكتابه مع دحية الكلبي رضي الله تعالى عنه الحديث بطوله مشهور و كتب إلي بكر بن وائل رواه (٣) ابن حبانّ في صحيحه من حديث أنس رضي الله تعالى عنه و كتب إلي يهود خيبر رواه (٤)أبو نعيمّ في دلائل النبوة من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما (و المجوز في حق الغائب العجز و هو) أي العجز (في حق الأخرس أظهر و ألزم ثم الكتابة علي ثلاث مراتب مستبين) أي بين (مرسوم (٥)) أي معنون بالعنوان و العنوان أن يكتب في صدره من فلان إلي فلان

---

(١)روى البخاريّ الخ. قد مر تخريجه مفصلا في الذبائح ص ٢٩٢ ج ١٤. (٢)الصحيحين الصحيح للبخاريّ باب كيف كان بدؤ الوحي إلي رسول الله ﷺ ص ٤ ج ١ و الصحيح لمسلمّ كتاب الجهاد باب كتب النبي ﷺ إلي هرقل ملك الشام يدعوه إلي الاسلام ص ٩٧ ج ٢. (٣)رواه ابن حبانّ الخ. كذا في نصب الراية ص ٤١٩ ج ٤. (٤)أبو نعيمّ الخ. كذا في نصب الراية. (٥)مرسوم و المقصود من المرسوم أن يكون علي الوجه المعتاد في إظهار الأمر عرفا كالكتب المعنونة و المحاضر و السجلات و القصص و نحوها شلبي عن يحيى.

و هو بمنزلة النطق في الغائب و الحاضر على ما قالوا و مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار و أوراق الأشجار و ينوى فيه لأنه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية و غير مستبين كالكتابة على الهواء و الماء و هو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم و أما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد و لا تختص بلفظ دون لفظ و قد تثبت بدون اللفظ و القصاص حق العبد أيضا و لا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى و لأنها تندرئ بالشبهات و لعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة و لا يحد أيضا بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحا و هو الشرط ثم الفرق بين الحدود و القصاص أن الحد لا يثبت

(و هو بمنزلة النطق في الغائب و الحاضر على ما قالوا) أي على ما قال المشايخ رحمهم الله تعالى (و مستبين غير مرسوم كالكتابة (١) على الجدار و أوراق الأشجار و ينوى فيه) على صيغة المجهول بالتشديد أى يطلب منه النية فيه (لأنه بمنزلة صريح الكناية) أى بمنزلة كناية قولية كقوله أنت بائن (فلا بد من النية و غير مستبين كالكتابة على الهواء و الماء و هو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت (٢) به الحكم و أما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام) أى النكاح و الطلاق و البيع و الشراء (للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد و لا تختص بلفظ دون لفظ) يعنى هذه التصرفات من النكاح و نحوه لا تتعلق بلفظ خاص بل تثبت بألفاظ كثيرة فانه كما تثبت بالعربى تثبت بالفارسى و غيره (و قد تثبت بدون اللفظ) يعنى بفعل يدل على اللفظ كالتعاطى (و القصاص حق العبد أيضا) فيثبت باشارته (و لا حاجة إلى الحدود) أى لا حاجة إلى التوسعة في الحدود (لأنها حق الله تعالى و لأنها تندرئ بالشبهات و لعله) أى لعل الأخرس (كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة و لا يحد أيضا بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحا و هو الشرط) أى القذف صريحا هو الشرط كما مر في الحدود (ثم الفرق (٣) بين الحدود و القصاص أن الحد لا يثبت

---

(١) كالكتابة على الجدار و أوراق الأشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا يكون لغوا لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا الطريق فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالنية و الاشهاد عليه و الاملاء على الغير حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون للتجربة و قد تكون للتحقيق و بهذه الأشياء تتعين الجهة و قيل الاملاء من غير إشهاد لا يكون حجة و الأول أظهر زيلعي. (٢) فلا يثبت به الحكم و إن نوى زيلعي و الحاصل أن الأول صريح و الثانى كناية و الثالث لغو و بقى صورة رابعة عقلية لا وجود لها و هى مرسوم غير مستبين شامي. (٣)ثم الفرق الخ. و قد اعترض العلامة الطورى كلامهم هنا بأنهم سووا بين الحدود و القصاص فى أن كلا منهما يدرأ بالشبهة كما =>

ببيان فيه شبهة ألا ترى لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد و لو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص و إن لم يوجد لفظ التعمد و هذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر و ليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة و ذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه و يحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان و يحتمل أن يكون مفارقا لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق

ببيان فيه شبهة ألا ترى لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد) و إن كان الوطى الحرام مطلقا ينصرف إلى الزنا لاحتمال أنه وطئ امرأته في حال الحيض أو وطئ أمته المجوسية و لهذا لا يجب الحد بقوله يا حرام زاده (و لو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص و إن لم يوجد لفظ التعمد) كلمة إن وصلية أي و إن لم يوجد لفظ التعمد في الشهادة و الاقرار (و هذا) أي التصريح بالعمد (لأن القصاص فيه معنى العوضية) لأنه يستوفي كل واحد منهما نفس الآخر (لأنه) أي لأن القصاص (شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر و ليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة و ذكر في كتاب الإقرار) من الأصل (أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه) أي على الغائب (و يحتمل أن يكون الجواب هنا) أي في الأخرس (كذلك) أي لا تكون الكتابة حجة في حق الأخرس (فيكون فيهما) أي في الأخرس و الغائب غير الأخرس (روايتان) و في نسخة الأترازي فيكون فيها بإفراد الضمير و قال أي في مسألة الأخرس على رواية كتاب الجامع الصغير يجب عليه القصاص بالكتابة ثم قال و قال بعضهم في شرحه فيهما بضمير التثنية أي في الأخرس و الغائب غير الأخرس فذاك ليس بشيء لأنه لم يثبت الروايتان في الغائب بل فيه رواية كتاب الإقرار فحسب و لا يجب عليه القصاص بالكتابة قلت أراد بقوله و قال بعضهم في شرحه هو الكاكي و في بقية ما قاله نظر لا يخفى (و يحتمل أن يكون) أي الأخرس (مفارقا لذلك) أي للغائب (لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق

=> صرحوا به في مواضع كثيرة منها الكفالة فلا تجوز بالنفس فيهما و منها الوكالة فلا تجوز باستيفائهما و منها الشهادة على الشهادة لا تجوز فيهما و عللوا جميع ذلك بأنهما مما يدرأ بالشبهة و كذا في كتاب الدعوى و الجنايات و فرعوا على ذلك مسائل كثيرة اه ملخصا.

و لا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة و دلت المسألة على أن الإشارة معتبرة و إن كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمه الله تعالى أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأنه حجة ضرورية و لا ضرورة لأنه جمع ههنا بينهما فقال أشار أو كتب و إنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية و فى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الإشارة و فى الإشارة زيادة أثر (١) لم يوجد فى الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا و كذلك الذى صمت يوما أو يومين لعارض (٢) لما بينا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق

و لا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة و دلت المسألة) أى قوله و إذا قرئ على الأخرس فأومأ برأسه أي نعم أو كتب (على أن الإشارة معتبرة و إن كان قادرا) كلمة إن وصلية أى و إن كان الأخرس قادرا (على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمه الله تعالى أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأنه) أى الإشارة على تأويل المذكور أو على تأويل نقل الإشارة (حجة ضرورية و لا ضرورة) مع وجود القدرة على الكتابة (لأنه (٣)) أى لأن محمدا رحمه الله تعالى (جمع ههنا) أى فى الجامع الصغير (بينهما) أى بين الإشارة و الكتابة (فقال أشار أو كتب) و هذا دليل على أن الإشارة معتبرة و إن كان قادرا على الكتابة و قال الأترازيّ و لنا فى دعوى الجمع بينهما نظر لأنه قال فى الجامع الصغير و إذا كان الأخرس يكتب أو يومى و كلمة أو لأحد الشيئين لا للجمع على أنا نقول قال فى الأصل و إن كان الأخرس لا يكتب و كانت له إشارة تعرف فى نكاحه و طلاقه و شرائه و بيعه فهو جائز فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الاخرس بشرط أن يكتب قلت فى نظره نظر لا يخفى (و إنما استويا) أى استوى الكتابة و الإشارة (لأن كل واحد منهما حجة ضرورية و فى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الإشارة و فى الاشارة زيادة أمر لم يوجد فى الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا) أى فاستوى الاشارة و الكتابة (و كذلك الذى صمت يوما أو يومين بعارض) عطف على قوله و لا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه يعنى من صمت يوما أو يومين بعارض من العوارض فأشار برأسه أى نعم أو كتب لا يجوز أن يقوم ذلك مقام إقراره و قال الكاكيّ إنه في بعض النسخ أصمت (٤) و المصمت هو الله تعالى (لما بينا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق

---

(١)أثر. ن. أمر. (٢)لعارض. ن. بعارض. (٣)لأنه جمع الخ. يتعلق بقوله بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا فيكون دليل كونه مخالفا لما توهمه البعض كفاية. (٤)أصمت. يقال أصمت العليل فهو مصمت إذا اعتقل لسانه لسان و تاج.

قائمة و قيل هذا تفسير لمعتقل اللسان. قال و إذ كانت (١) الغنم مذبوحة و فيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها و أكل و إن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل (٢) و هذا إذا كانت الحالة حالة الإختيار أما فى حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لأن الميتة المتيقنة تحل له فى حالة الضرورة فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة و قال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز الأكل فى حالة الاختيار و إن كانت المذبوحة أكثر لأن التحرى دليل ضرورى فلا يصار إليه من غير ضرورة و لا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار و لنا أن الغلبة تنزل منزل الضرورة في إفادة الإباحة

قائمة و قيل هذا) أى الذى صمت يوما أو يومين بعارض (تفسير لمعتقل اللسان) كذا قال فخر الإسلام البزدوىّ فى شرح الجامع الصغير حيث قال فيه و هو تأويل ما سبق ذكره فى الذى اعتقل لسانه. (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا كان الغنم مذبوحة و فيها ميتة فإن كانت المذبوحة اكثر تحرى (٣) فيها و أكل و إن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يؤكل) هذا لفظ الجامع و قال المصنفّ (و هذا إذا كانت الحالة حالة (٤) الإختيار أما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لأن الميتة المتيقنة تحل له فى حالة الضرورة فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية فى الجملة فلا يتركه) أى التحرى (من غير ضرورة و قال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز الأكل فى حالة الاختيار و إن كانت المذبوحة أكثر لأن التحرى دليل ضرورى فلا يصار إليه من غير ضرورة و لا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار و لنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى إفادة الإباحة) فكما أن فى حالة الضرورة

---

(١)كانت. ن. كان. (٢)لم يأكل. ن. لم يؤكل. (٣)تحرى فيها و أكل لأن للغالب حكم الكل و كذا الزيت لو اختلط مع ودك الميتة أو الخنزير لا ينتفع به على كل حال إلا إذا غلب الزيت لكن لا يحل أكله بل يستصبح به أو يبيعه مع بيان عيبه أو يدبغ به الجلود و يغسلها لأن المغلوب تبع للغالب و لا حكم للتبع لو كان معه ثياب مختلطة ففى حالة الاضطرار بأن لا يجد طاهرا بيقين و لا ماء يغسلها به تحرى مطلقا لأن الصلاة بثوب نجس بيقين جائزة حالة الاضطرار بالاجماع ففى ثوب مشكوك أولى و أما فى الاختيار فان الغلبة للطاهر تحرى و إلا لا كالجواب فى المساليخ و كذا أوانى المآء إلا أنه فى حالة الاضطرار لو غلب النجس يتحرى للشرب اجماعا لأن شرب النجس بيقين يجوز للضرورة فالمشكوك أولى و لا يتحرى للوضوء عندنا بل يتيمم و الأولى أن يريق المآء قبله أو يخلطه بالنجس و تمامه فى غاية البيان أقول و المراد من اختلاط الزيت مع الودك اختلاط أجزائهما لا اختلاط أوانيهما و لذا لم يحل الأكل فتنبه شامية. (٤)حالة الاختيار بأن يجد ذكية در مختار أقول المراد أن يجد ما يسد به رمقه من لحم مذكى أو خبز أو غير ذلك شامية.

ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم (١) المسروق و المغصوب و مع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب و هذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه و لا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة و قليل الانكشاف بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه و الله أعلم بالصواب و إليه المرجع و المآب.

تباح الميتة فكذلك يباح التناول عند غلبة الحلال على الحرام لأن للغالب حكم الكل لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه و كل قليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجاسة القليلة (ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم و المسروق و المغصوب و مع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب و هذا لأن القليل لا يمكن الإحتراز عنه و لا يستطاع الإمتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة و قليل الانكشاف) عن العورة (بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه) فلا يوكل (٢) بالتحرى بخلاف (٣) الثياب النجسة فإنه يتحرى فيها و إن كان الطاهر و النجس نصفين عندنا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و في الأواني النجسة لا يتحرى إلا إذا كانت الغلبة للطاهر و قال الشافعي رحمه الله تعالى يتحرى في التنصيف و في الغلبة و قال أحمد و المزني و أبو ثور رحمهم الله تعالى لا يتحرى في الأواني أصلا و يتيمم و يصلي و اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله تعالى في جواب إراقة ماء الأواني قبل التيمم و قال ابن الماجشون المالكيّ لا يتحرى و لكنه يتوضأ بأحدهما و يصلي ثم يتوضأ بالآخر و يعيد الصلاة التي صلاها (و الله أعلم بالصواب و إليه المرجع و المآب).

---

(١)المحرم المسروق. ن. المحرم و المسروق. (٢)فلا يؤكل بالتحرى هذا إذا لم يكن هناك علامة تعلم بها الذكية فان كانت فعليه الأخذ بها كما في الدر المنتقى قال في غاية البيان قالوا من علامة الميتة أنها تطفو فوق الماء و الذكية لا و الأصح أن علامة المذكاة خلو الأوداج من الدم و علامة الميتة امتلاؤها منه شامية.

(٣)بخلاف الثياب النجسة الخ. قال في العناية و طولب بالفرق بين الغنم و الثياب فان المسافر لو معه ثوبان طاهر و نجس لا غير و لا مميز بينهما يتحرى و يصلى فقد جوز التحرى فيما إذا كانا نصفين و في المساليخ لم يجز و أجيب بأن حكم الثياب أخف لأنها لو كانت كلها نجسة له أن يصلى في بعضها لأنه مضطر بخلاف الغنم الخ و مثله في النهاية و الكفاية و المنح و غيرها أقول هذا عجيب منهم فان ما ذكروا من مسئلة الثوبين حالة ضرورة و لا فرق فيها بين الثياب و الغنم كما سمعت التصريح به فيما قدمناه و في قول الهداية يحل له التناول في جميع ذلك أي فيما إذا كانت الذكية غالبة أو مغلوبة أو مساوية فكيف يطلب الفرق فيما لا فرق فيه و إن أرادوا الفرق بين الثياب في حالة الضرورة و بين الغنم في حالة الاختيار فهو ساقط أصلا إذ لا يطلب الفرق إلا عند اتحاد الحالتين شامي و قبله نبه عليه الطوريّ.

....

و هذا آخر ما انتهيت من تأليف كتاب البناية فى شرح الهداية فى العشرين من شهر الله المحرم الحرام عام خمسين و ثمانمائة بالقاهرة المحروسة فى مدرسة البدرية بحارة كتامة بالقرب من الجامع الأزهر فنسأل الله من فضله و لطفه قبول ذلك و إلقاء الانصاف فى قلب من ينظر فيه بحيث أنه إذا اطلع على محاسنه يترحم على مؤلفه و إذا اطلع على عيب من العيوب التى لا يخلوعنها زلل القلم و خمود الذهن بأنواع من الألم يبادر إلى إصلاحه و ستر عيبه و أما الحاسد فإنه لا يصدر منه إلا الإنكار و اتباع الناس على العثرات و ما وقع فيه من الاسقاطات خصوصا كان جمعى لهذا الشرح فى زمن تأخر فيه من يستحق التقديم و تقدم فيه من يستحق التأخير من الفجرة العظام و الجهلة اللئام و تراكب الهموم و الأحزان حتى من الأصدقاء و الإخوان و خصوصا كنت فى سن الذى ناهز التسعين من ضعف البصر و غالب الكتابة فى الليالى و ليس بعجيب أن يسلم شخص من السهو و النسيان و هو فى هذه الحالات و لكن هذا يكون من الكرامات ببركة أدعية مشايخى الذين أخذت عنهم و هم أصحاب الكرامات بظهورها للأفراد و الجماعات و كان السبب فى تأليف هذا الشرح أن شخصا من الفضلاء المستعربين من أبناء العجم سألنى قراءة كتاب الهداية فأجبته بذلك فقال ما أقرأ إلا من أول كتاب المضاربة فقلت نعم ثم شرعت فى شرح درسه أولاً بأول و كتبت مجلدا فى شرح كتاب المضاربة إلى كتاب القسمة و كان ابتدائى فيه فى غرة صفر من سنة سبعة عشر و ثمانمائة من الهجرة و كان فراغى منه فى نهار الخميس الثانى و العشرين من جمادى الأولى من السنة المذكورة ثم شرعت فى شرح كتاب القسمة عقيب فراغى من شرح كتاب المضاربة و أتممته فى سلخ رجب الأصم من سنة سبعة عشر و ثمانمائة ثم تمادى الحال من هذا التاريخ إلى سنة سبعة و ثلاثين و ثمانمائة ثم شرعت فى شرح الكتاب من أوله كتاب الطهارة و فرغت منه ليلة الأربعاء السادس عشر من جمادى الأخرى من سنة سبعة و ثلاثين ثم كتبت الجزء الثانى و فرغت منه فى السادس عشر من رمضان المعظم من السنة المذكورة ثم شرعت فى الثالث و فرغت منه نهار الجمعة قبل الزوال الثالث و العشرين من شوال من سنة ثمانية و ثلاثين و ثمانمائة ثم شرعت فى الجزء الرابع و فرغت منه فى الثالث عشر من شوال من سنة سبعة و أربعين و ثمانمائة ثم شرعت فى الجزء الخامس و فرغت منه فى اليوم الثانى من ربيع الآخر من سنة ثمانية و أربعين و ثمانمائة ثم شرعت فى الجزء السادس و فرغت منه نهار الخميس الثانى عشر من شهر شوال من السنة المذكورة ثم شرعت فى الجزء السابع و فرغت منه فى يوم

....

الأربعاء السادس عشر من شعبان من سنة تسع و أربعين و ثمانمائة و أما الثامن و التاسع و العاشر فقد (١) ذكرناه و الذى ينظر فيه يعرف مقدار الخلو من التصنيف سنين عديدة و يعرف مقدار التكميل و الإتمام مدة لطيفة كل ذلك بنظر الله و توفيقه فنسأل الله تعالى خاتمة الخير و الاجتناب عن الشر إنه على ذلك قدير و بالإجابة جدير و صلى الله على سيدنا محمد و آله و صحبه أجمعين.

(١)فقد ذكرناه قلت و قد وجد فيما قبل ذكر الجزئين لا الثلاثة فلعل هناك سقطة.

....

كمل بفضل الله تعالى و كرمه و منّه تصحيح الجزء السادس عشر و تعليقه و تخريجه و هو الجزء الأخير من البناية شرح الهداية على التجزى الجديد و قد صحح ما فى البناية من الأغلاط التى وقعت من التحزيف زهاء ثمانين ألفا فصاعدا و لا شك أن هذا الأمر جليل الشأن من الكرامات ببركة أدعية استاذى العظيم و والدى الكريم الامام الهمام المحقق الفقيه المحدث العالم الربانى الثقة الثبت الحجة الشيخ فيض احمد بن هداية الله لا يزال شموس علومه طالعة و بدور كمالاته لامعة و هو فى العلم و الحلم وحيد دهره و فى الاخلاص و التقى فريد عصره و لا ريب أنه قدوة العارفين و زبدة السالكين ذو الكرامات الظاهرة و الباطنة و صاحب الصفات القدسية السنية و الآن هو فى احدى و ثمانين سنة من سنه فيا للعجب! روحه لطيف قدسي و بدنه نحيف نقى لكن عزمه شاب قوى و هو كما قال بحرالعلوم انور شاه قدس سره فى مدح العلامة النيموى رحمه القوى:

سحاب الفيض أو فيض السحاب ضياء النور أو نور الضياء

فلله الحمد أولاً و آخرا ظاهرا و باطنا.

و اعلم أن أبى المكرم المعظم دامت بحار فيوضه جارية و ينابيع أنواره متفجرة قد صحح و علق و خرج تقريبا إلى ثلث الجزء التاسع من هذا الكتاب المستطاب المطبوع فى المكتبة الحقانية ملتان باكستان فابتلى بغتة بقضاء الله الحكيم بنوع من الفالج فانقطع أمرالتصحيح و التخريج زهاء سنة ثم إنه فوض هذا الأمر العظيم إلى الراقم الاثيم فالعبد الضعيف الحقير صحح و علق و خرج البقية من الكتاب المستطاب زهاء ثمانية أجزاء فى ثمان سنين تقريبا تحت اشرافه و على منهاجه و هذا من الفيض الالهى و التوفيق الربانى و جميع مدة التصحيح عشرون سنة تقريبا يعنى من سنة سبع بعد أربعمائة و ألف من الهجرة النبوية (١٤٠٧هج) إلى سنة سبع و عشرين بعد أربعمائة و ألف من الهجرة النبوية (١٤٢٧هج) فلله الحمد أولاً و ثانيا.

....

....

و المسئول من الرحمن الرحيم أن يتقبله لرضائه بلطفه الجلي و الخفي و ينفع به أهل الاسلام في جميع الآفاق و الأزمان و يجعله ذريعة لرفع درجات الشارح العلام رحمه الله تعالى و وسيلة لفلاح المصححين في الدارين. ربنا اغفرلي و لوالدي و للمؤمنين يوم يقوم الحساب. اللهم إني أسألك حبك و حب من يحبك و حب عمل يبلغني إلى حبك. ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم و تب علينا إنك أنت التواب الرحيم و صلى الله تعالى على سيد المرسلين و خاتم النبيين محمد و اله و صحبه و من تبعهم باحسان إلى يوم الدين و بارك و سلم كثيرا كثيرا.

العبد الضعيف الفقير إلى الله تعالى مسعود احمد بن فيض احمد الملتاني
غفر لهما الله الأحد الأوحد
يوم الثلاثاء. السابع عشر من ربيع الثاني من سنة سبع و عشرين
بعد أربعمائة و ألف من الهجرة النبوية (١٧،٤،١٤٢٧هج).